

Université de Neuchâtel

Faculté de Droit

Die Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung und der Inhaberschuldbrief

(eine rechtsvergleichende Betrachtung)

Thèse
pour l'obtention du grade de
Docteur en droit

par
Rudolf Reutlinger
Dr. rer. pol.

JURIS-VERLAG, ZÜRICH

1950



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Université de Neuchâtel

Faculté de Droit

Die Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung und der Inhaberschuldbrief

(eine rechtsvergleichende Betrachtung)

Thèse
pour l'obtention du grade de
Docteur en droit

par
Rudolf Reutlinger
Dr. rer. pol.

JURIS-VERLAG, ZÜRICH

1950

Le Conseil de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel autorise la publication de la présente thèse de Monsieur R. Reutlinger, ayant pour titre: «Die Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung und der Inhaberschuldbrief, (eine rechtsvergleichende Betrachtung)».

La Faculté ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel le 5 juillet 1950.

Le Doyen de la Faculté de Droit

P. R. Rosset.



I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
I. Kapitel: <i>Einleitung</i>	8
1. Das Grundpfandrecht	8
2. Die Wertpapiere	11
a) Begriff und Kennzeichen	11
b) Wertpapier und Schuldschein	13
c) Inhaber-, Order- und Namenpapiere	14
3. Die Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung als Wertpapier	15
4. Die Entwicklungsmöglichkeiten der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung und die Sicherung anderer Wertpapierarten durch Grundpfandverschreibung	19
II. Kapitel: <i>Die Entstehung des Inhaberschuldbriefs und der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung</i>	22
1. Der Pfandvertrag	22
2. Die einseitige Pfandbestellung	27
3. Anmeldung, Eintrag im Grundbuch und Ausstellung des Titels	29
4. Das Urteil	30
5. Die Erhöhung der Titelsumme	32
III. Kapitel: <i>Der Inhalt des Inhaberschuldbriefs und der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung</i>	33
1. Die vom Inhaberschuldbrief und der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung verkörperten Rechte	33
2. Die beiden Titelarten als Beweismittel	34
3. Die im Inhaberschuldbrief und in der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung verurkundeten Rechte	34
4. Differenzen zwischen Grundbuch- und Titelinhalt	36
IV. Kapitel: <i>Die Verwaltung der Titel</i>	38
1. Zinsen und Annuitäten	38
2. Die Schuldübernahme	40
3. Die Vinkulation	43

	Seite
4. Aenderungen des Pfandobjekts	44
5. Die Kraftloserklärung	46
6. Die Neuausstellung des Schuldbriefs und der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung	48
7. Der Treuhänder	48
 V. Kapitel: <i>Der Erwerb von Rechten am Inhaberschuldbrief und an der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung</i> . . .	50
1. Die Abtretung	50
a) Die Begebung	50
b) Die Weiterübertragung	53
2. Die Verpfändung	55
3. Der gutgläubige Erwerb	57
4. Aneignung, Fund und Ersitzung	60
 VI. Kapitel: <i>Der Untergang von Forderung und Pfandrecht</i> . .	62
1. Zahlung	62
a) Fälligkeit, Zahlungsort und Legitimation des Gläubigers .	62
b) Die Einreden des Schuldners	64
c) Das Recht auf Quittung und auf Herausgabe des Wertpapiers	65
d) Teilzahlungen	66
2. Erlass und Verzicht	67
3. Hinterlegung	68
4. Aufrufung des Gläubigers	70
 VII. Kapitel: <i>Die Zwangsvollstreckung</i>	72
1. Der Schuldnerverzug	72
2. Betreibung durch den Titelgläubiger	73
3. Betreibung durch den Faustpfandgläubiger	74
4. Die Pfändung der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschrei- bung und des Inhaberschuldbriefs	75
 Literaturverzeichnis	77

A B K Ü R Z U N G E N

BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.
BGE	=	Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung, vier Teile (Lausanne).
BIZR	=	Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
GbV	=	Verordnung des Bundesrates betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910.
JOG	=	Inhaberobligation mit Grundpfandverschreibung.
JT	=	Journal des Tribunaux (Lausanne).
KV	=	Verordnung des Bundesgerichtes über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911.
MaSchr	=	Maschinen-Schrift.
MschrBVR	=	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht.
OR	=	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/ 18. Dezember 1936.
PG	=	Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25. Juni 1930.
Praxis	=	Die Praxis des Schweiz. Bundesgerichtes (Basel).
SchKG	=	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.
SJZ	=	Schweiz. Juristen-Zeitung (Zürich).
VZG	=	Verordnung des Bundesgerichtes über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920.
ZBGR	=	Schweiz. Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht.
ZBJV	=	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern).
ZBG	=	Schweiz. Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
ZSR	=	Zeitschrift für Schweiz. Recht (Basel).

Zitierweise:

Guhl: 35, S. 10. Ziff. 35 verweist auf das Literaturverzeichnis = Guhl: Das schweiz. Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 1944.
 BGE 56/2/34 = BGE Bd. 56, II. Teil, S. 34.

I. Kapitel

Einleitung

1. Das Grundpfandrecht

Das Pfandrecht ist ein Nebenrecht einer Forderung und dient zu ihrer Sicherung: Der Pfandgläubiger kann auf den Wert des verpfändeten Gutes greifen, wenn der Schuldner nicht erfüllt. Unmittelbar auf den Wert eines Gutes gerichtet, hat dieses Recht einen exklusiven, absoluten Charakter und gehört, soweit eine Sache Pfandobjekt ist, zu den beschränkten dinglichen Rechten.

Die Sicherungsfunktion ist auch dem Grundpfand eigen. Daneben besitzt es aber noch eine weitere Aufgabe. Es soll, bildhaft ausgedrückt, die Mobilisierung des Bodenwertes ermöglichen. In einem gewissen Grade erfolgt die Mobilisierung des Bodenwertes bereits mit der blossen Verpfändung des Grundstückes. Sie kann jedoch noch weiter getrieben werden, indem die gesicherte Forderung verkehrsfähig gestaltet wird, und diese weitergehende Mobilisierung ist gemeint, wenn man von der Mobilisierung des Bodenwertes schlechtweg spricht. Der Grundeigentümer hat in der Regel ein erhebliches Interesse an einer solchen Mobilisierung: der von ihm benötigte langfristige Kredit wird dadurch für den Gläubiger zu einer sofort realisierbaren, kurzfristigen Anlage mit entsprechend niedrigerem Zinsfuss für den Schuldner.

Verkehrsfähig wird die Forderung gestaltet, indem man sie in ein Wertpapier einkleidet. Wie aber ein Wertpapier schaffen, das gleichzeitig Forderung und Grundpfand verkörpert, gehen doch prinzipiell sämtliche dinglichen Rechte an Grundstücken aus dem Grundbuch hervor? Zu diesem Zweck musste der Gesetzgeber besondere Pfandtitel schaffen: den Schuldbrief und die Gült. Daneben hat er noch eine weitere Grundpfandform, die Grundpfandverschreibung, vorgesehen, welche ausschliesslich die Sicherstellung von Forderungen bezweckt.

Die Grundpfandverschreibung ist ein reines Pfandrecht an einem Grundstück. Sie dient zur Sicherung einer beliebigen schon bestehenden, zukünftigen oder auch lediglich möglichen Forderung¹, sofern dieselbe nur bestimmbar ist. Ein Wertpapier, welches die Grundpfandverschreibung verurkundet, gibt es nicht². Das Grundbuch erteilt lediglich über das Pfandrecht und nicht etwa über Bestand und Höhe der Forderung Auskunft³.

Im Unterschied zur Grundpfandverschreibung ist beim Schuldbrief die Forderung fest umrissen und untrennbar mit dem Pfandrecht verknüpft⁴. Ueber Forderung und Pfandrecht wird ein Wertpapier ausgestellt. Beide Rechte gehen ebenfalls aus dem Grundbuch hervor. Besteht zwischen Titelinhalt und Grundbucheintrag eine Differenz, so gilt grundsätzlich das Grundbuch⁵.

Auch über die Gült wird ein Wertpapier errichtet. Im Gegensatz zum Schuldbrief haftet aber für die Kapitalforderung ausschliesslich das Grundstück. Grundeigentümer und Schuldner müssen daher notwendigerweise zusammenfallen. Gülten dürfen nur bis zu einer bestimmten Maximalgrenze auf Grundstücke gelegt werden, wobei gewerbliche Betriebe als Pfandobjekt ausgeschlossen sind. Sie sind sehr langfristig, können aber, anders als die eigentlichen Renten, aus denen sie sich entwickelten, doch abgelöst werden⁶.

Als Eugen Huber aus den über 90 vor der Vereinheitlichung des Zivilgesetzbuches in der Schweiz vorhandenen Grundpfandarten diese drei Typen herausgriff, war er der Auffassung, jede besitze ihre besondere Zweckbestimmung und somit ihre Existenzberechtigung. Die Grundpfandverschreibung bezwecke die Sicherung einer beliebigen Forderung, wobei nicht an den Verkehr dieser Forderung gedacht werde. Gült und Schuldbrief sollten den Verkehr mit Bodenwerten ermöglichen. Die Gült im besondern diene der erstklassigen Kapitalanlage in Bodenwerten unter Ausschluss jeglicher persönlicher Sicherheit. Sie ermögliche es dem Schuldner, langfristigen Kredit zu billigstem Zinsfuss zu erhalten. Der Schuldbrief endlich werde dort verwendet, wo das Grundstück allein nicht genügend Sicherheit biete⁷.

¹ Art. 824/1 ZGB.

² vgl. Art. 825/2 ZGB.

³ Homberger: 43, Art. 973 Ziff. 26; Tuor: 98, S. 579.

⁴ vgl. Guhl: 34, S. 64: Das dingliche Recht tritt hier «nicht zu einer beliebigen Forderung hinzu, sondern schafft sich die Forderung in der allein tauglichen Gestalt selbst.»

⁵ vgl. Art. 842, 856 und 865 ff. ZGB.

⁶ vgl. Art. 847 f. und 850 ZGB.

⁷ Huber Eugen: 46, S. 21; 48, S. 246, 262, 266; 51, S. 9 ff.

Die Ereignisse haben in der Folge diese Erwartungen nicht vollständig erfüllt. Die Gült z. B. hat sich nie eingebürgert. Der Gläubiger zieht den auf kürzere Frist kündbaren Schuldbrief vor und verzichtet auch nicht gern auf die persönliche Haftung des Schuldners⁸. Für den Schuldner seinerseits spielt es keine Rolle, ob das Kapital auf kürzere Frist kündbar ist: Den Gülten im Rang entsprechende Schuldbriefe kann er bei der heutigen Organisation des Hypothekargeschäftes jederzeit unterbringen⁹.

Wir wollen uns in dieser Abhandlung mit einer besonders eigenartigen Entwicklung des Grundpfandes, bei der die Grundpfandverschreibung in Konkurrenz zum Schuldbrief tritt, befassen. In verschiedenen Kantonen ist es üblich, an Stelle eines Schuldbriefes ein durch Grundpfandverschreibung gesichertes Inhaberpapier auszustellen. Im Welschland bezeichnet man dieses Wertpapier als *obligation hypothécaire au porteur* oder kurz *hypothèque au porteur*; bei uns spricht man von der Inhabergrundpfandverschreibung oder auch genauer von der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung (im folgenden IOG geschrieben). Wir finden solche Titel in den Kantonen Genf, Freiburg, Neuenburg, Waadt, Wallis und Tessin¹⁰, also alles Kantone, die früher die gemeinrechtliche Hypothek kannten. Ihre Verbreitung hat verschiedene Ursachen: Einmal unterliegt die IOG nicht der Belastungsgrenze, welche gewisse Kantone — z. B. der Kt. Freiburg — in Anwendung von Art. 843/2 ZGB für die Belastung von Grundstücken mit Schuldbriefen vorschreiben. Des weiteren kommt ihre Errichtung mancherorts billiger zu stehen, als diejenige eines Schuldbriefes. Zudem gestaltet sie sich auch einfacher, da der Titel nicht sämtliche in Art. 53/2 GbV vorgeschriebenen Angaben enthalten muss. Für den Kanton schliesslich hat die IOG den Vorteil, dass sie seine Haftung weniger beansprucht als der Schuldbrief¹¹.

Es stellt sich die Frage, ob das Grundpfandrecht solche Titel überhaupt zulässt. Da ausdrücklich eine Grundpfandverschreibung gewählt wird, verstösst die IOG auf alle Fälle nicht gegen Art. 793 ZGB,

⁸ Brühlmann: 12, S. 51 f.; im Kt. Appenzell A. Rh. beispielsweise ist allerdings auch der Schuldbrief für den Gläubiger unkündbar (Einführungsgesetz zum ZGB Art. 184).

⁹ A. M. Leemann: 60, Art. 847 N. 15. Der Zinsfuss kann auch bei Gülten kurzfristig geändert werden, sofern im Titel ein Maximalfuss eingetragen ist.

¹⁰ Sogenannte Obligationen mit Grundpfandverschreibung gibt es auch in den Kantonen Schaffhausen und Solothurn. Es handelt sich aber dabei um gewöhnliche Schuldanerkennungen, welche mit einem Auszug aus dem Grundbuch verbunden werden.

¹¹ vgl. Art. 867/2 ZGB.

d. h. gegen den *numerus clausus* der Grundpfandrechte¹². Auch die Vorschriften über die Grundpfandverschreibung schliessen diesen Titel nicht aus. Art. 824/1 ZGB, wonach mit einer Grundpfandverschreibung eine beliebige Forderung pfandrechtlich sichergestellt werden kann, ist weit genug gefasst, um die Sicherung von Wertpapierforderungen zu gestatten¹³. Dafür spricht auch Art. 875, Ziff. 1 ZGB, welcher die Sicherstellung von Anleiheobligationen durch Grundpfandverschreibung als zulässig erklärt¹⁴. Dementsprechend stehen Doktrin und Rechtsprechung auf dem Standpunkt, dass das Grundpfandrecht der IOG nicht im Wege stehe¹⁵. Es bleibt noch abzuklären, ob ein solches Wertpapier nicht vielleicht vom Wertpapierrecht aus gesehen unzulässig ist. Diesem Aspekt des Problems wurde bis heute nur geringe Beachtung geschenkt. Wir werden weiter unten darauf zu sprechen kommen.

2. Die Wertpapiere

a) Begriff und Kennzeichen

Zu Beginn der Abteílung über die Wertpapiere gibt uns das Obligationenrecht die Definition: Wertpapier ist jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht, noch auf andere übertragen werden kann (Art. 965 OR). Diese Begriffsbestimmung geht von den Wirkungen des Wertpapiers aus; sie zieht eindeutig die Grenze zwischen Wertpapier und übrigen Urkunden und ist somit logisch einwandfrei¹⁶. Ob sie

¹² Bovay z. B. ist der Auffassung, dass die IOG mit dem *numerus clausus* des Grundpfandrechtes unvereinbar sei: Gutachten von Bovay cit. von Abravanel: I, S. 110.

¹³ vgl. Huber: 47, Bd. II, S. 269: Die Forderung «ist nur nicht an sich für den Verkehr geschaffen, ob sie aber doch in den Verkehr kommen kann, hängt von ihrer eigenen Natur ab».

¹⁴ vgl. Borlat: 9, S. 22: «L'article 875 permet de créer un grand nombre d'obligations au porteur par un seul acte; la loi ne saurait donc être hostile à la création d'un seul titre...».

¹⁵ Abravanel: I, S. 120; Homberger: 44, S. 560; Huber: 49, S. 76 f. und 50, S. 49 ff.; Leemann: 60, Art. 824 N. 7 und 825 N. 11; Wieland: 105, Art. 825 Ziff. 2; BGE 49/2/19 (übersetzt in ZBGR Bd. 5, S. 31 ff.); Burckhardt: Bundesrecht Nr. 1343 II.

¹⁶ Gl. M. Bruderer: 11, S. 27; Egger in Protokoll der Expertenkommission für die Revision der Titel 24—33 des OR, 1928, S. 767. A. M. Beeler: 6, S. 13 und Flattet: 26, S. 95 f: Seine Auffassung stützt sich auf den französischen Text des OR, der besagt, ein Wertpapier liege dann vor, wenn das Recht ohne Papier nicht übertragen *oder* nicht geltend gemacht werden könne.

aber ihre Aufgabe im Gesetz erfüllt, darf bezweifelt werden: Sie sollte es uns ermöglichen, ein Wertpapier äusserlich von einer andern Urkunde zu unterscheiden. Dieser Funktion wird sie nicht voll gerecht:

Mit Hilfe der Legaldefinition lassen sich jene Urkunden als Wertpapiere identifizieren, ohne die gemäss spezieller Gesetzesvorschrift ein Recht weder übertragen noch geltend gemacht werden kann. Andererseits schliesst sie von vornherein alle jene Urkunden von den Wertpapieren aus, welche Rechte verurkunden, über die nicht mit einem Papier verfügt werden kann: Grundeigentum, Servituten und Grundlasten lassen sich z. B. nicht in einem Wertpapier verkörpern; dasselbe gilt für den unmittelbaren Besitz.

In andern Fällen erhellt sich der Wertpapiercharakter einer Urkunde direkt aus einer speziellen Gesetzesvorschrift, ohne dass die Legaldefinition zu Hilfe gezogen werden müsste. So liegt selbstverständlich dort ein Wertpapier vor, wo das Gesetz eine Urkunde als Wertpapier im technischen Sinn bezeichnet. Es genügt aber schon, dass das Gesetz für ein bestimmtes Papier die öffentliche Amortisation vorsieht, um es zum Wertpapier zu stempeln¹⁷. Hingegen lässt sich keinen sichern Schluss auf den Wertpapiercharakter einer Urkunde aus der Vorschrift ziehen, ein Recht könne ohne das Papier nicht geltend gemacht werden; denn auch bei gewöhnlichen Schuldurkunden kann der Gläubiger das Recht nur mit dem Papier geltend machen. Allerdings steht ihm beim Schuldschein der Weg der Privatamortisation offen (Art. 90/1 OR), was jedoch unter Umständen auch bei Namenpapieren der Fall ist (Art. 977/2 OR).

Fehlen besondere Gesetzesvorschriften, so muss — damit ein Wertpapier vorliegt — aus dem Text oder der Form der Urkunde hervorgehen, dass das verurkundete Recht ohne das Papier nicht geltend gemacht werden kann und dass der Schuldner nur gegen Vorweisung des Papiers leisten darf¹⁸. Nicht im Wertpapier geregelt zu sein braucht hingegen die Uebertragung des Rechts¹⁹ — trotzdem die Legaldefinition des Art. 965 OR darauf abstellt — und die Urkunde wird sich denn auch in der Regel darüber ausschweigen. Dass das Recht nur mit dem Papier übertragen werden kann, folgt zwingend aus der Verpflichtung des Schuldners, nur gegen Vorweisung der Urkunde zu bezahlen.

¹⁷ Cudkowicz: 17, S. 92; von Tuhr-Siegwart: 97, Bd. 2, S. 472 f.

¹⁸ vgl. Beeler: 6, S. 33 f.; Bruderer: 11, S. 26; Cudkowicz: 17, S. 71; Götzinger: 30, S. 130; Morgenthaler: 67, S. 33.

¹⁹ A. M. BG in E 67/2/32: Das Bundesgericht ist im konkreten Fall der Auffassung, auch die Uebertragung des Rechts müsse auf der Urkunde geregelt sein.

Die Skriptur des Papiers weist nun aber nicht immer die notwendige Klarheit auf. Wurde sie von juristischen Laien ausgestellt, so darf man sich auch nicht unbedingt auf ihren Wortlaut verlassen²⁰. In Grenzfällen greift man zur Interpretation des Textes nach Art. 18 OR²¹. Der Schutz von Treu und Glauben im Verkehr verlangt, dass dabei auf die Kenntnisse abgestellt wird, die Dritten zugänglich sind²². Es gilt zu untersuchen, ob die Parteien das Recht verkehrsfähig gestalten wollten. Die Interessenlage kann darüber Aufschluss geben. Neben dem Text muss auch die Form der Urkunde beachtet werden: Bei einem Sparheft z. B. spricht die Vermutung eher für eine Beweisurkunde²³.

b) Wertpapier und Schuldschein

Im Gegensatz zum Wertpapier darf der Schuldner beim gewöhnlichen Schuldschein an den Gläubiger leisten, auch wenn die Urkunde nicht vorgelegt wird und die Abtretung des Rechts erfolgt unabhängig von der Uebergabe des Papiers: Die Urkunde folgt dem Recht (Art. 170/2 OR).

Der Schuldschein kann eine Präsentations- oder eine Legitimationsklausel enthalten. Die *Präsentationsklausel* macht die Bringschuld zu einer Holschuld²⁴. Sie lautet bei Sparheften z. B.: «Die Bank zahlt nur gegen Vorweisung des Heftes». Diese Klausel will besagen, die Bank brauche nur gegen Vorweisung des Heftes an ihrer Kasse zu bezahlen, d. h. sie ist nicht verpflichtet, dem Gläubiger das Geld zuzustellen²⁵. Da in diesem Fall der Gläubiger das Geld holen muss, während es beim gewöhnlichen Schuldschein der Schuldner zu bringen hat, bestimmt sich der Beginn des Verzugs in verschiedener Weise. Der Unterschied ist nicht etwa darauf zurückzuführen, dass der mit der Präsentationsklausel versehene Schuldschein dem Schuldner bei der Zahlung vorgelegt werden muss²⁶. Die Pflicht zur Vorlage bleibt sich bei allen Schuldscheinen gleich (Art. 88 und 90 OR).

²⁰ Wieland: 106, S. 11.

²¹ Hafner: 39, Art. 811, Ziff. 3; Morgenthaler: 67, S. 35.

²² Dörig: 19, S. 126 f.; Ulmer: 99, S. 50; Wieland: 106, S. 20.

²³ Wieland: 106, S. 21; vgl. auch BGE 67/2/33 und 68/2/96.

²⁴ Bruderer: 11, S. 9.

²⁵ Beeler: 6, S. 3.

²⁶ vgl. Flattet: 26, S. 67; a. M. Beeler: 6, S. 4 und Bruderer: 11, S. 8.

Mit der *Legitimationsklausel*, die besonders häufig bei Sparheften vorkommt, behält sich der Schuldner das Recht vor, an den Inhaber der Urkunde zu bezahlen. Sie lautet z. B.: «Die Bank ist berechtigt, nicht aber verpflichtet, an den Inhaber zu bezahlen». Damit schränkt der Schuldner die ihm obliegende Pflicht ein, die Gläubigerqualität zu prüfen. Er wird nur dann nicht befreit, wenn er absichtlich oder grobfahrlässig an einen nichtberechtigten Inhaber bezahlt (Art. 100 und 976 OR)²⁷. Sowohl die Präsentations-, als auch die Legitimationsklausel machen den Schuldschein noch nicht zu einem Wertpapier, da sie den Schuldner nicht verpflichten, nur gegen Vorlage der Urkunde zu leisten.

c) Inhaber-, Order- und Namenpapiere

Unter den Wertpapieren unterscheidet man je nach der Bezeichnung des Berechtigten Inhaber-, Order- und Namenpapiere. Der Unterschied ist hauptsächlich in Bezug auf den Erwerb des Rechts von Bedeutung.

Geht aus dem Text oder der Form der Urkunde hervor, dass der jeweilige Inhaber des Papiers berechtigt sein soll, so handelt es sich um ein Inhaberpapier (Art. 978/1 OR). Dass eventuell nebenbei der Name des ersten Inhabers genannt ist, spielt keine Rolle²⁸. Die Uebertragung des Rechts erfolgt nach sachenrechtlichen Grundsätzen, d. h. durch Uebergabe des Papiers. Die Einreden des Schuldners gegenüber dem Gläubiger sind beschränkt (Art. 979 OR).

Ein Orderpapier liegt vor, wenn der Schuldner ausdrücklich erklärt, an eine namentlich bestimmte Person oder an den von ihr Beordneten leisten zu wollen²⁹. Daneben gibt es eine ganze Reihe gesetzlicher Orderpapiere, wie den Wechsel, den Namenscheck, die Namenaktie, die auf den Namen lautenden Schuldbriefe und Gülden und den Pfandbrief³⁰. Die Einreden des Schuldners sind auch beim Orderpapier beschränkt (Art. 1146 OR und 872 ZGB). Seine Uebertragung erfolgt durch Indossament.

Ein Namenpapier endlich liegt dann vor, wenn die Urkunde eine bestimmte Person als Berechtigten bezeichnet und weder an Order lautet, noch ein gesetzliches Orderpapier bildet (Art. 974 OR). Die Uebertragung erfolgt vermittels Zession, zu deren Perfektion neben

²⁷ Beeler: 6, S. 7; Bruderer: 11, S. 12; Flattet: 26, S. 71.

²⁸ BGE 43/2/798.

²⁹ Guhl: 35, S. 669.

³⁰ Art. 7 PG; Brühlmann: 12, S. 61.

der Zessionsurkunde oder einem Uebertragungsvermerk die Uebergabe des Wertpapiers erforderlich ist. Art. 167 OR gilt jedoch nicht: Der Schuldner kann auch ohne Benachrichtigung nicht mehr befreiend an den alten Gläubiger leisten. Art. 169/1 OR kann daher nicht wörtlich angewendet werden: Einreden, die der Forderung des Abtretenden entgegenstanden, kann der Schuldner gegen den Erwerber nur soweit geltend machen, als sie schon zur Zeit der Abtretung vorhanden waren³¹.

Die Namenpapiere können mit der Legitimationsklausel versehen werden. Man spricht dann von hinkenden Inhaberpapieren. Die Klausel bewirkt, gleich wie beim gewöhnlichen Schuldschein, eine Einschränkung der Diligenzpflichten des Schuldners (Art. 976 OR).

3. Die Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung als Wertpapier

Ob der IOG Wertpapiercharakter zukommt oder nicht, hängt vom Inhalt der Urkunde ab. Hier ein Beispiel eines solchen Papieres:

«Monsieur X. Y. reconnaît devoir et être tenu de rembourser au porteur de l'expédition exécutoire du présent acte la somme capitale de 2000.— frs. aux conditions ci-après: ... Pour sûreté et garantie du capital de l'obligation ici souscrite, des intérêts, frais, et accessoires légaux Monsieur X. Y. déclare constituer une hypothèque au profit du porteur de l'expédition exécutoire du présent acte, sur les immeubles ci-après désignés: ... »

Aus dieser Urkunde ergibt sich deutlich, dass der Schuldner verpflichtet ist, an den Inhaber des Papiers zu bezahlen. Die Voraussetzungen eines Inhaberpapiers scheinen somit erfüllt. Immerhin stellt sich doch die Frage, ob sich der obige Wortlaut nicht auch mit einem Namenpapier oder gar mit einer blossen Schuldanerkennung vereinbaren lässt. Des weitern darf nicht ausser acht gelassen werden, dass an den Text eines Wertpapiers gewisse Anforderungen bezüglich Klarheit und Vollständigkeit gestellt werden und es gilt daher in der Folge auch noch zu untersuchen, ob die IOG diesen Anforderungen entspricht.

Der vorstehende Wortlaut des Papiers schliesst das Bestehen eines Namenpapiers eindeutig aus. Es sprechen dieselben Argumente dagegen, welche weiter unten gegen die Qualifikation des Papiers als gewöhnliche Schuldanerkennung angeführt werden. Abgesehen

³¹ Brunner: 13, S. 140.

davon kann es sich auch deshalb nicht um ein Namenpapier handeln, weil der Wertpapiercharakter aus dem Namenpapier eindeutig hervorgehen muss³², eine Bedingung, die im vorliegenden Fall nicht erfüllt ist, sobald unter dem Ausdruck «Inhaber» eine ganz bestimmte Person verstanden wird, wie es die Konstruktion eines Namenpapiers verlangt.

Aber auch ein Schuldschein liegt nicht vor, weder ein gewöhnlicher noch ein mit der Legitimationsklausel versehener. Es liesse sich allerdings denken, dass der Schuldner unter «Inhaber» eine ganz bestimmte Person versteht oder dass er dieses Wort als Abkürzung für die Legitimationsklausel verwendet. In der Regel will sich jedoch der Schuldner verpflichten, an den Papierinhaber zu bezahlen, d. h. er will ein Inhaberpapier ausstellen. Das ergibt sich schon aus seinem Bestreben, ein dem Schuldbrief möglichst ähnliches Papier zu schaffen. Zudem verlangt auch der Schutz von Treu und Glauben im Verkehr, dass eine auf den Inhaber gestellte Schuldanerkennung als Inhaberpapier behandelt wird. Dem Erwerber kann nicht zugemutet werden, die Frage zu untersuchen, ob der Schuldner unter «Inhaber» eine ganz bestimmte Person verstanden haben will oder nicht. Hat der Schuldner die Absicht, einen Schuldschein auszustellen und dabei den Gläubiger zu tarnen, so braucht er ja nicht gerade das Wort «Inhaber» zu verwenden. Auch die Legitimationsklausel soll er, wie es allgemein üblich ist, ausschreiben. Als blossе Beweisurkunden sind Versprechen an den Inhaber nur zu betrachten, wenn besondere Umstände darauf hindeuten, wie z. B. die spezielle Form der Urkunde (ein Büchlein), die Angabe der causa, die Erwähnung des Rechts, die Forderung teilweise abzutreten³³, die Beifügung der Legitimationsklausel etc. Auch Wieland ist dieser Auffassung, wenn er schreibt: «So müssen Urkunden, die ihrer äussern Form nach Geldsummenversprechen an den Inhaber enthalten, als wahre Inhaberpapiere gelten, sofern sich nicht aus der Urkunde selbst das Gegenteil erhellt»³⁴.

Weniger leicht fällt die Beantwortung der Frage, ob der Text der IOG die Klarheit und Vollständigkeit aufweist, welche von einem Wertpapier verlangt werden müssen. Dörig³⁵ bezeichnet z. B. als wesentliche Bestandteile des Wertpapiertextes das Zahlungsversprechen mit Einlöseungsklausel, die Angabe des Gegenstandes des Versprechens, die Bezeichnung des Gläubigers und die Unterschrift des Aus-

³² Beeler: 6, S. 34 f.; Götzinger: 30, S. 130.

³³ BGE 65/2/73.

³⁴ Wieland: 106, S. 20 f.; vgl. BGB § 793 ff.

³⁵ Dörig: 19, S. 76 ff.

stellers. Diese Aufzählung bezieht sich jedoch ausschliesslich auf die Niederschrift des Hauptrechts und berührt das in diesem Zusammenhang bedeutungsvolle Problem nicht, in wie weit ein Nebenrecht in einem Wertpapier verkörpert werden kann, ohne dass dessen Inhalt aus dem Text genau hervorgeht. Die Lösung dieses Problems wäre einfach, wenn eine allgemeine Bestimmung bestehen würde, wonach die Skriptur die mit dem Papier verbundenen Rechte präzise zum Ausdruck zu bringen habe. Eine solche Vorschrift gibt es aber nicht³⁶.

Für einzelne Wertpapierarten schreibt das Gesetz eine genaue Umschreibung des Rechts vor, so für den Wechsel (Art. 991 und 1096 OR), den Scheck (Art. 1100 OR), die Orderanweisung (Art. 1147 OR), das Orderversprechen (Art. 1151 OR), das Geldsummenversprechen oder das Versprechen vertretbarer Sachen an Order (Art. 1152/1 OR), die Warenpapiere (Art. 1153 u. 1154 OR), den Schuldbrief und die Gült (Art. 53 GbV) etc. Aber auch diese Wertpapiere können Rechte enthalten, welche aus der Skriptur nicht ersichtlich sind. So werden z. B. anderweitige Sicherheiten, die für den Schuldbrief unter Umständen bestehen, in der Regel nicht auf dem Titel vermerkt³⁷. Bei andern Wertpapierarten ist eine genaue Umschreibung des Rechts überhaupt nicht möglich, so bei Pfandbriefen bezüglich des Pfandrechts, bei Aktien, Dividendencoupons etc.

Generell kann also nicht davon gesprochen werden, dass Inhalt und Umfang der im Wertpapier verkörperten Rechte genau aus dem Text hervorgehen müssen. Immerhin verlangt die Sicherheit des Verkehrs, dass der Text von Inhaber- und Orderpapieren möglichst präzise gefasst ist und nicht Täuschungen Tür und Tor öffnet. In dieser Beziehung steht die IOG an der Grenze des Zulässigen. Bestand und Inhalt der Grundpfandverschreibung gehen aus ihr nicht notwendigerweise hervor³⁸. Es könnte somit ein Schuldner in Versuchung geraten, neben der IOG andere gleichlautende Inhaberpapiere auszustellen und in Umlauf zu bringen oder — sofern die Originalurkunde auf dem Grundbuchamt als Beleg zurückbehalten wird — mehrere gleichlautende Kopien abzusetzen. Es besteht dann die Möglichkeit, dass die Erwerber getäuscht werden. Sie glauben, das grundpfändlich sichergestellte Papier zu erwerben, werden jedoch unter Umständen überhaupt nicht oder nur ähnlich wie Miteigentümer am Pfandrecht berechtigt: Ein miteigentumsähnliches Verhältnis unter den Papier-

³⁶ vgl. auch Brunner: 13, S. 136 ff.; Morgenthaler: 67, S. 48 und 63.

³⁷ Leemann: 60, Art. 854 N 11.

³⁸ Siehe Kapitel III, Ziff. 3, S. 35; das Pfandrecht wird denn auch mit dem Titel erworben unabhängig davon, ob es darauf vermerkt ist oder nicht: vgl. Viel 101, S. 50.

inhabern bezüglich des Pfandrechts ist dann anzunehmen, wenn sich mehrere gleichlautende Kopien im Umlauf befinden, geben doch nur alle Kopien zusammen Anspruch auf die Sicherheit des Originals. Handelt es sich jedoch um verschiedene Originale, so ist jener Papiereinhaber aus dem Pfandrecht berechtigt, der nachweisen kann, dass die Grundpfandverschreibung zur Sicherung seiner Obligation errichtet worden ist. Wenn dieser Beweis nicht gelingt, liegt ein Beweisnotstand vor und es kann in diesem Fall niemand Anspruch auf das Grundpfandrecht erheben. Die soeben skizzierte Gefahr für den Erwerb besteht nun allerdings dort nicht, wo es zur Errichtung der IOG einer öffentlichen Urkunde bedarf: Der Erwerber weiss, dass die IOG in eine öffentliche Urkunde gekleidet sein muss und der Notar wird sich hüten, mehrere Urkunden desselben Inhalts auszustellen. Wie wir jedoch später sehen werden, genügt nach Bundesrecht die einfache Schriftlichkeit zur Errichtung der IOG. Bei dieser Errichtungsform lässt sich im Zweifel die gesicherte Inhaberoobligation nur feststellen, wenn der Grundbuchverwalter auf ihr die Eintragung der Grundpfandverschreibung vermerkt hat (vgl. Art. 60/1 GbV) oder — sofern das Original auf dem Grundbuchamt verbleibt — wenn im Original die mit diesem Vermerk versehene Kopie als berechtigt bezeichnet wird.

Die IOG birgt aber noch weitere Gefahren in sich. Aus dem Titel geht nicht mit Sicherheit hervor, ob das Pfandrecht noch existiert. Es kann im Grundbuch gelöscht werden, ohne dass der Titel u. A. n. geändert werden müsste. Der Grundbuchverwalter wird zwar vorsorglicherweise die Löschung auf der Obligation vermerken; er ist aber dazu durch keine Vorschrift des Grundbuchrechts verpflichtet. Der Titel, der trotz der Löschung noch den Eintragungsvermerk aufweist, ist offensichtlich geeignet, Täuschungen Vorschub zu leisten umso mehr, als die IOG von Laien leicht mit dem Schuldbrief verwechselt werden kann. Es versteht sich, dass eine solche Verwechslung in jenen Kantonen, welche die schuldbriefliche Belastung von Grundstücken nur bis zu einer Maximalgrenze gestatten, besonders gefährlich ist.

Damit soll nun nicht etwa gesagt werden, die IOG verstosse gegen das Wertpapierrecht. Sie wird vom Gesetz weder ausdrücklich verboten, noch ausdrücklich zugelassen. Jedoch ist infolge ihrer grossen Verbreitung, die sie nicht zuletzt dank behördlicher Sanktionierung gefunden hat, ein Gewohnheitsrecht entstanden und der Grundsatz, dass eine Inhaberoobligation auch eine Grundpfandverschreibung verkörpern kann, steht heute fest. Immerhin ist beim Erwerb dieser Titel Vorsicht am Platz, und zwar insbesondere in jenen Kantonen, in denen sie nicht allgemein üblich sind und daher eventuell auch nicht mit der notwendigen Sorgfalt errichtet werden.

4. Die Entwicklungsmöglichkeiten der IOG und die Sicherung anderer Wertpapierarten durch Grundpfandverschreibung

Die Aussteller der IOG beabsichtigen, ein dem Schuldbrief möglichst ähnliches Papier zu schaffen und es wird im folgenden unsere Aufgabe sein, zu untersuchen, welche Unterschiede trotz diesem Bestreben zwischen den beiden Wertpapierarten bestehen. Vorerst wollen wir aber darauf hinweisen, dass es nicht unter allen Umständen von Vorteil ist, den Schuldbrief sklavisch nachzuahmen. Die Inhaberoobligation erlaubt nämlich eine freiere Gestaltung der Forderung, als es beim Schuldbrief möglich ist. So gilt z. B. das Verbot von Art. 854 ZGB, der Schuldbrief dürfe weder Bedingung noch Gegenleistung enthalten, für die Inhaberoobligation nicht. Insbesondere darf auch die causa im Titel angemerkt werden³⁹. Das hat nicht etwa zur Folge, dass der Titel nunmehr einen synallagmatischen Vertrag verkörpert, d. h. dass der Erwerber des Papiers zu einer Gegenleistung verpflichtet wird. Die Aufnahme der causa hat lediglich die Bedeutung einer Bedingung⁴⁰: Der Erwerber des Papiers wird nur bedingt berechtigt; er kann erst Bezahlung fordern, wenn der erste Nehmer seine vertraglichen Verpflichtungen dem Aussteller gegenüber erfüllt hat. Praktisch kommt es also darauf hinaus, dass der Aussteller der Obligation dem Inhaber des Titels die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenhalten kann. Auch die Goldklausel, im Schuldbrief verboten⁴¹, ist in der Inhaberoobligation zulässig. Die Höhe der Grundpfandverschreibung muss allerdings in Schweizerfranken festgesetzt werden (Art. 794 ZGB).

Wenn es gestattet ist, für eine Inhaberoobligation eine Grundpfandverschreibung zu bestellen, so muss es auch zulässig sein, andere Wertpapiere in dieser Weise zu sichern. Beim Wechsel stellt sich dabei das Problem, ob bei der Indossierung das Pfandrecht auf den Indossatar übergeht. Die deutschen Autoren waren früher zum Teil der Auffassung, das Pfandrecht könne mit dem Indossament nicht übertragen werden⁴². Inzwischen hat sich jedoch die Ansicht durchgesetzt, das Pfandrecht, als Nebenrecht, folge bei der Indossierung automatisch

³⁹ vgl. Dörig: 19, S. 55 und S. 61 f.; vgl. aber oben S. 16.

⁴⁰ Jacobi: 53, S. 425.

⁴¹ ZBGR Bd. 16, S. 212, Nr. 82 und Bd. 17, S. 190, Ziff. 1.

⁴² vgl. Grünhut: 31, Bd. 1, S. 477 f.

der Wechselforderung^{43/44}. Eine Ausnahme soll allerdings dann bestehen, wenn das Pfand ausschliesslich zugunsten eines bestimmten Wechselgläubigers bestellt wurde. Gibt der Wechselgläubiger in einem solchen Fall den Titel weiter, so bleibt ihm das Pfand als Sicherheit für eine eventuelle Regressforderung erhalten⁴⁴. In der Schweiz existiert ein bejahrter Entscheid des Bundesgerichtes, der sich gegen die Uebertragung des Pfandrechts bei der Indossierung ausspricht⁴⁵. Er ist insofern nicht schlüssig, als das Pfand im konkreten Fall die Kausal- und nicht die Wechselforderung sicherte. Auch Guhl ist der Meinung, das Indossament übertrage das Pfandrecht nicht⁴⁶. Er kann sich dabei auf den Wortlaut von Art. 1004 OR stützen, wonach das Indossament alle Rechte *aus* dem Wechsel überträgt. Demgegenüber sieht jedoch Art. 969 OR vor, dass mit der Indossierung und der Uebergabe der indossierten Urkunde die Rechte des Indossanten auf den Erwerber übergehen. Wir sind daher geneigt, unter dem Ausdruck «Rechte aus dem Wechsel» nicht bloss die aus der Skriptur hervorgehenden, sondern alle im Wechsel verkörperten Rechte zu verstehen und bei der Indossierung das Pfandrecht auf den Erwerber übergehen zu lassen.

Ist die Sicherung eines Schuldbriefes durch Grundpfandverschreibung gestattet? Praktisch wird es sich darum handeln, eine zweite Liegenschaft mit der Schuldbriefforderung zu belasten, ansonst eine blosser Aenderung des Ranges genügt⁴⁷. Wir haben es dann mit einem sogenannten Gesamtpfand zu tun, bei dem mehrere Grundstücke für dieselbe Forderung haften und zwar jedes für den vollen Betrag derselben. Die Errichtung des Gesamtpfandes wird durch Art. 798, Abs. 1 ZGB eingeschränkt: Sie ist nur zulässig, wenn die Grundstücke demselben Eigentümer gehören oder im Eigentum solidarisch verpflichteter Schuldner stehen. Die meisten Autoren nehmen nun an⁴⁸, dass auf die verschiedenen Grundstücke ein gleichartiges Pfandrecht gelegt werden müsse. Eine Begründung dieser Ansicht finden wir bei Leemann, der diese Forderung aus dem Wesen des Gesamtpfandrechts

⁴³ Zu dieser Lösung gelangte man nicht zuletzt mit Rücksicht auf § 1187 BGB, wonach für Wechselforderungen eine Sicherungshypothek bestellt werden kann, die dem jeweiligen legitimierten Inhaber des Wechsels zusteht.

⁴⁴ vgl. Staub-Stranz: 91, Art. 14, Anm. 6, S. 191 f.

⁴⁵ BGE 24/2/761 f.

⁴⁶ Guhl: 35, S. 636.

⁴⁷ Ein Interesse daran, für dieselbe Forderung zwei Pfandrechte auf ein Grundstück zu legen, besteht nur dann, wenn die beiden Pfandrechte denselben Rang einnehmen sollen und es noch andere Pfandrechte dieses Ranges gibt. Nach unserer Auffassung dürfte eine derartige Doppelbelastung eines Grundstückes kaum zugelassen werden, da sie im Gesetz nirgends vorgesehen ist.

tes als einheitliches Pfandrecht ableitet⁴⁸. Nach dem im Sachenrecht allgemein anerkannten Prinzip der Spezialität kann sich aber ein dingliches Recht nur auf eine Sache und nicht auf mehrere zugleich beziehen⁴⁹. Wir haben es daher beim Gesamtpfand nicht mit einem, sondern mit mehreren Pfandrechten zu tun⁵⁰, die als Gesamtpfand bezeichnet werden mit Rücksicht auf ihren gemeinsamen Zweck: Sicherung derselben Forderung. Aus dem Wesen dieses «Pfandrechts» lässt sich infolgedessen ein Verbot verschiedenartiger Pfandformen kaum ableiten. Aber auch die ratio legis von Art. 798/1 ZGB bietet dazu keine Handhabe. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁵¹ bezweckt die Vorschrift die Vermeidung unübersichtlicher Verhältnisse und die Ermöglichung der rationellen Ausnutzung des Hypothekarkredites. Was die rationelle Ausnutzung der Grundstücke als Pfandobjekt betrifft, spielt es offenbar keine Rolle, ob man beide Grundstücke mit derselben Grundpfandart oder das eine mit einem Schuldbrief, das andere mit einer Grundpfandverschreibung belastet. Dass sich im letztern Fall die Verhältnisse komplizierter gestalten, ist auch nicht zu erwarten. Wir sind daher der Auffassung, dass es im Rahmen von Art. 798/1 ZGB zulässig ist, einen Schuldbrief durch eine Grundpfandverschreibung zu sichern.

⁴⁸ Leemann: 60, Art. 798 N 10; Schneider: 85, S. 117; Wieland: 105, Art. 798, Ziff. 2. Weniger absolut: Hahnloser: 40, S. 30.

⁴⁹ Haab-Simonius: 38, Einleitung N 61; von Tuhr: 96, Bd. I, S. 138.

⁵⁰ Gl. M. Hahnloser: 40, S. 6 f.

⁵¹ BGE 51/2/405; vgl. auch Huber: 47, Bd. II, S. 235 f.

II. Kapitel

Die Entstehung des Inhaberschuldbriefes und der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung

1. Der Pfandvertrag

Die Form des Pfandvertrages bleibt sich bei den verschiedenen Grundpfandarten dieselbe: Oeffentliche Beurkundung (Art. 799/2 ZGB). Der Inhalt ändert. Beim Schuldbrief geht er auf die Eintragung von Forderung und Pfandrecht im Grundbuch, sowie auf die Errichtung und Aushändigung des Titels. Bei der Grundpfandverschreibung handelt es sich nur um die Errichtung des *P f a n d r e c h t s*. Dieses kann begründet werden, bevor die Inhaberoobligation besteht, sei es, dass der Schuldner bereits verpflichtet ist, ein solches Papier auszustellen, sei es, dass erst die Möglichkeit der Errichtung eines solchen Papiers ins Auge gefasst wird. Ueblicherweise existiert aber die Obligation schon vor der Eintragung der Grundpfandverschreibung. In praxi wird der Pfandvertrag auf die Inhaberoobligation gesetzt. Diese Urkunde bleibt als Beleg auf dem Grundbuchamt¹. Auf einer zweiten, für den Verkehr bestimmten Ausfertigung wird die Eintragung des Pfandrechts vom Grundbuchverwalter vermerkt². Die Kopie kann vom Schuldner und Eigentümer unterzeichnet werden³, oder es kann bereits im Original vorgesehen sein, dass der Schuldner ihren Inhaber als Berechtigten anerkennt⁴. Auf alle Fälle muss die Errichtung der Kopie Gewähr dafür bieten, dass nicht noch weitere gleichartige Kopien in Umlauf gesetzt werden können. Im Gegensatz zu den gewöhnlichen Wertpapierkopien treten diese Kopien an Stelle

¹ Oder dann beim Notar, in welchem Fall das Grundbuchamt eine notariell beglaubigte Abschrift als Beleg erhält.

² Wird später ein Auszug aus dem Grundbuch gemäss Art. 60 GbV erstellt, so empfiehlt es sich, darin auf die Ausstellung der Kopie hinzuweisen; vgl. ZBGR, Bd. 18, S. 41, Ziff. 13.

³ Leemann: 60, Art. 825 N 11.

⁴ Huber: 50, S. 50.

des ursprünglichen Wertpapiers⁵: Der Schuldner ist verpflichtet gegen Uebergabe der Kopie zu bezahlen und hat keinen Anspruch auf Herausgabe der Originalurkunde, die zum Grundbuchbeleg geworden ist⁶.

Rossel et Mentha⁷ sind der Ansicht, es sei unmöglich, einen Pfandvertrag zur Sicherung einer Inhaberoobligation zu schliessen, da die Zustimmung zum Vertrag nicht von einer unbestimmten Person abgegeben werden könne. Dazu ist zu bemerken, dass die Inhaberoobligation den Abschluss des Pfandvertrages zwischen bestimmten Personen nicht verunmöglicht. Aus der Notwendigkeit, den Pfandgläubiger im Pfandvertrag zu bezeichnen, können sich allerdings gewisse Schwierigkeiten ergeben: Das Pfandrecht wird zugunsten des im Pfandvertrag genannten Gläubigers geschaffen. Damit es eine reale Existenz erlangt, muss der Pfandgläubiger Gläubiger aus dem Papier werden. Theoretisch besteht die Möglichkeit, dass der Pfandgläubiger überhaupt nie in den Besitz der Obligation gelangt. Die Obligation schweigt sich über die Uebergabe aus. Der Beweis, dass das Pfandrecht je existent geworden ist, könnte daher unter Umständen schwierig sein. Die üblichen Verfahren, nach denen in den einzelnen Kantonen die IOG errichtet wird, sprechen jedoch dafür, dass der Pfandgläubiger auch Gläubiger aus dem Papier geworden ist.

Eher mag es vorkommen, dass als erster Inhaber der Obligation und gleichzeitig als Pfandgläubiger ein Strohmann verwendet wird. Dazu kann der Umstand verleiten, «dass Art. 799/2 ZGB den Abschluss eines Vertrages als Voraussetzung für die Pfandrechtsbestellung nennt»⁸. Es stellt sich dabei die Frage, ob unter diesen Umständen der Begebungsvertrag zwischen Schuldner und dem ersten Nehmer der Inhaberoobligation nicht als simuliert und füglich als nichtig betrachtet werden muss. Was die Forderung anbelangt, so gilt Art. 979 OR, wonach dem gutgläubigen Erwerber des Papiers die Simulation nicht entgegengehalten werden kann. Wie steht es aber mit dem Pfandrecht?

Homberger glaubt, es existiere unter diesen Umständen nicht, weil der Wertpapiercharakter der Obligation auf die Forderung beschränkt bleibe. Der Bescheinigung des Grundbucheintrags auf der Obligation komme gemäss Art. 825 ZGB keine wertpapierrechtliche Bedeutung zu. «Die Einredebeschränkung kraft Wertpapierrechts

⁵ Kein Wertpapiercharakter besitzt demgegenüber gemäss Art. 825/2 ZGB ein Auszug aus dem Grundbuch. Das ergibt sich übrigens schon daraus, dass der Eintrag der Grundpfandverschreibung das Forderungsrecht nicht bezeugt.

⁶ vgl. ZBGR Bd. 5, S. 35 (BGE 49/2/21 ff.).

⁷ Rossel et Mentha: 78, Bd. III, S. 147.

⁸ Homberger: 44, S. 564.

gemäss Art. 847 aOR (Art. 979 OR) und die obligationenrechtliche Bestimmung des Art. 18 OR haben deshalb nur Bedeutung für das Forderungsrecht, nicht aber für das akzessorische Pfandrecht. Hier muss sich auch der gutgläubige Erwerber gemäss Art. 169 OR diejenigen Einreden entgegenhalten lassen, welche gegenüber seinen Vormännern bestanden haben. Ist das Pfandrecht gar nicht entstanden, weil im Zeitpunkt der Errichtung eine Forderung — z. B. wegen Simulation — nicht bestanden hat, . . ., so wird auch der gutgläubige Erwerber sich diese Einrede entgegenhalten lassen müssen⁹».

Nun darf sich aber jeder gutgläubige Erwerber der IOG auf den Eintrag der Grundpfandverschreibung im Grundbuch verlassen (Art. 973 ZGB). Als besondere Einreden gegen das Pfandrecht kommen daher nur solche in Frage, die sich aus dem Grundbuch ergeben. Die allgemeine Aussage Hombergers, die Einredebeschränkung kraft Wertpapierrechts gelte nur für das Forderungsrecht, ist also nicht genau. Man kann sich lediglich fragen, ob der Pfandeigentümer nicht die Einrede besitzt, die Forderung sei gar nie in der Person des Pfandgläubigers entstanden. Wir sind der Auffassung, dass schon Art. 18/2 OR diese Einrede ausschliesst. Er bestimmt, der Schuldner könne dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben habe, die Einrede der Simulation nicht entgegensetzen. Daraus ergibt sich, dass dem gutgläubigen Dritten gegenüber diese Forderung zurecht besteht, ihm gegenüber also der Pfandgläubiger auch Titelgläubiger geworden ist.

Dem Gläubiger kann aber auch noch auf andere Weise geholfen werden. Die Errichtung der Inhaberoobligation ist nicht vollständig nichtig, wie Homberger annimmt¹⁰. Die Ausstellung des Papiers entspricht dem Willen des Schuldners und der Titel ist zustande gekommen. Nur die Begebung wurde simuliert. Neben der Begebung ist aber auch der Pfandvertrag simuliert. Im Grunde genommen handelt es sich um eine einseitige Errichtung der IOG, von der wir weiter unten unter Ziff. 2 sprechen werden. Es fragt sich nur, ob die Errichtung des Pfandrechts auf Grund eines Pfandvertrages die einseitige Errichtung, welche auf schriftliche Anmeldung hin zustande kommt, formell deckt. Darüber sind wohl keine Zweifel möglich, da es ja auch beim Pfandvertrag zur Eintragung der Grundpfandverschreibung einer schriftlichen Anmeldung bedarf.

⁹ Homberger: 44, S. 565.

¹⁰ vgl. neben obigem Zitat Hombergers auch Homberger: 44, S. 564: «Bei der Errichtung des Inhaberpapiers gegenüber einem Strohmann ist nun die Gefahr vorhanden, dass das Geschäft als simuliert und deshalb als nichtig betrachtet wird».

Wer schliesst den Pfandvertrag, wenn es sich um ein Drittpfand handelt, d. h. wenn Schuldner und Pfandeigentümer auseinanderfallen? Bei der Grundpfandverschreibung ergeben sich keine Schwierigkeiten. Der Pfandvertrag hat auf die Forderung keinen Einfluss und wird zwischen Gläubiger und Pfandeigentümer geschlossen. Wie steht es aber beim Schuldbrief, bei dem gleichzeitig mit dem Pfandrechte die Forderung gegen den Schuldner entsteht? Auch hier wirkt der Schuldner nicht mit¹¹. Die öffentliche Beurkundung dient lediglich dem Schutz des Grundeigentümers. Das Versprechen des Schuldners, eine Schuldbriefverpflichtung einzugehen, bedarf keiner Form. Er muss jedoch bei der Ausstellung und Begebung des Schuldbriefes mitwirken¹². So hat er ihn zu unterzeichnen¹³ und der Schuldbrief darf nur mit seiner schriftlichen Einwilligung dem Gläubiger ausgehändigt werden.

Fallen Schuldner- und Gläubigerstellung zusammen, d. h. ist der Schuldner selber Inhaber der Obligation oder soll er Inhaber des Schuldbriefes werden, so erfolgt der Abschluss des Pfandvertrages zwischen Schuldner und Pfandeigentümer. Der Schuldner erwirbt einen Anspruch auf Eintragung der Grundpfandverschreibung, resp. Ausstellung des Schuldbriefes. Aber auch wenn ein Dritter Gläubiger aus dem Titel ist, resp. werden soll, kann der Pfandvertrag zwischen Schuldner und Pfandeigentümer geschlossen werden, nämlich als Vertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112 OR)¹⁴. Für den Schuldner ergibt sich daraus der Vorteil, dass er selbst den Eintrag der Grundpfandverschreibung oder die Errichtung des Schuldbriefes verlangen darf. Ob der Gläubiger ebenfalls die Erfüllung des Pfandvertrages verlangen kann, hängt von den Abmachungen der Parteien ab.

Die Frage ist umstritten, in welcher Weise eine durch Grundpfandverschreibung gesicherte Forderung in einen Schuldbrief umzuwandeln sei. Genügt dazu eine öffentlich beurkundete Aenderung des ursprünglichen Pfandvertrages oder bedarf es des Abschlusses eines neuen Pfandvertrages gefolgt von der Löschung des alten und der Vornahme eines neuen Grundbucheintrags? Wir sind für die letztere

¹¹ Leemann: 60, Art. 799 N 23.

¹² Art. 857 ZGB, Art. 57/3 und 58 GbV.

¹³ Die Unterzeichnung des Schuldbriefes durch den Schuldner ist nicht Gültigkeitserfordernis: vgl. Leemann: 60, Art. 857 N 9.

¹⁴ Bloch: 7, S. 44. Das Versprechen der Leistung an einem Dritten gilt als Modifikation des Hauptvertrages und kann zu irgendeinem Vertragsinhalt hinzutreten: vgl. Becker: 5, Art. 112 N 8; von Tuhr-Sieewart: 97, Bd. II, S. 681.

Lösung¹⁵, da mit der Errichtung des Schuldbriefes ein neues Pfandrecht entsteht (vgl. Art. 855/1 ZGB). Für die Löschung des alten und Vornahme eines neuen Eintrags sprechen auch grundbuchtechnische Überlegungen: Beide Einträge weisen verschiedene Inhalte auf.

Ein ganz ähnliches Problem stellt sich, wenn eine durch Grundpfandverschreibung gesicherte Forderung durch eine andere ersetzt werden soll und im Pfandvertrag ein solcher Forderungswechsel nicht vorgesehen wurde. Wir glauben, dass auch in diesem Fall der Abschluss eines neuen Pfandvertrages mit anschliessendem neuem Grundbucheintrag der Rechtslage besser entspricht¹⁶, als die blosser Aenderung des schon bestehenden Pfandvertrages. Formell entsteht die Grundpfandverschreibung allerdings mit dem Eintrag ins Grundbuch und erlischt erst mit der Streichung desselben. Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, die Grundpfandverschreibung sei ihrem *dinglichen* Bestande nach selbständig und könne nach Belieben mit dieser oder jener Forderung verbunden werden¹⁷. Die formelle Existenz bedeutet lediglich, dass die Pfandstelle bis zur Löschung des Eintrags blockiert bleibt. In materieller Hinsicht jedoch besitzt die Grundpfandverschreibung akzessorischen Charakter und geht mit der Forderung, für die sie bestellt wurde, unter.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass, um eine grundpfändlich gesicherte Forderung durch eine IOG zu ersetzen, ein neuer Pfandvertrag geschlossen und ein neuer Grundbucheintrag vorgenommen werden muss, sofern damit ein Forderungswechsel verbunden ist. Ein solcher Wechsel wird in der Regel vorliegen, da die IOG üblicherweise an Zahlungsstatt, eventuell auch zahlungshalber, dem Gläubiger übergeben wird. Ausnahmsweise mag es umstritten sein, ob die Inhaberoobligation die ursprüngliche Forderung verkörpert oder nicht. Geht man von der Voraussetzung aus, es liege kein Forderungswechsel vor, so ist zumindest eine öffentlich beurkundete Aenderung

¹⁵ Gl. M. Conuers: 29, S. 50; Guhl: 33, S. 37; Homberger: 43, Art. 959 N 50; vgl. auch BGE 66/2/15; a. M. Schneider: 85, S. 142; Wieland: 105, Art. 824/5 Ziff. 6; ZBGR Bd. 21 S. 263 und Bd. 22 S. 127; besonders auch Leemann: 60, Art. 793 N 31: «Da die Grundpfandrechte in ihrem Grundcharakter identisch sind, kann jede Grundpfandform in eine andere umgewandelt werden, und zwar ohne dass das umzuwandelnde Pfandrecht gelöscht werden muss». Besitzen aber nicht alle Pfandrechte, ja alle Rechte überhaupt einen einheitlichen Grundcharakter?

¹⁶ Gl. M. Conuers: 29, S. 47; Homberger: 43, Art. 959 N 50; Schneider: 85, S. 152; vgl. auch BGE 60/2/89 ff.; a. M. Guhl: 33, S. 39; Leemann: 60, Art. 825 N 12; Rossel et Mentha: 78, Bd. III N 1529; Vieli: 101, S. 53, 116 und 118; Wieland: 105, Art. 824/5, Ziff. 7; vgl. auch ZBGR Bd. 19, S. 188, Ziff. 58, Bd. 24, S. 243, Ziff. 86 u. Bd. 24, S. 256, Ziff. 90.

¹⁷ Diese Ansicht wird von Leemann vertreten: 60, Art. 825 N 12.

des ursprünglichen Pfandvertrages erforderlich; denn die Forderung wird mit ihrer Aufnahme in ein Wertpapier erheblich modifiziert und es ist nicht anzunehmen, dass sich das ursprüngliche Pfandrecht ohne weiteres auf diese modifizierte Forderung erstreckt.

Die Frage — Aenderung des ursprünglichen Pfandvertrages oder neuer Pfandvertrag — wird zumeist mit dem Problem des Nachrückungsrechtes (Art. 814/3 ZGB) verkoppelt: Die Autoren sind sich darüber einig, dass der Nachrückungsfall zumindest bei Löschung des vorhergehenden Pfandrechts eintritt¹⁸. Unter dieser Einhelligkeit verbergen sich die verschiedensten Auffassungen über die Tragweite des Nachrückungsrechtes, da ja keine Einstimmigkeit darüber besteht, wann eine Löschung stattfinden muss. Es ist daher wohl zutreffender, das Nachrückungsrecht nicht einfach von der Löschung abhängen zu lassen, sondern auch die Umstände der Löschung in Betracht zu ziehen¹⁹. Während nämlich der Inhalt des Nachrückungsrechtes von den Parteien bestimmt wird, ist bei der Beantwortung der Frage, ob eine Löschung stattfinden soll oder nicht, Rücksicht auf eine klare und übersichtliche Führung des Grundbuches zu nehmen.

2. Die einseitige Pfandbestellung

Der Pfandvertrag setzt zwei Parteien voraus. Wo diese fehlen, wie z. B. beim Eigentümerschuldbrief, kann das Pfand einseitig bestellt werden²⁰. Ist die einseitige Pfandbestellung auch bei der IOG zulässig und wie hat sie zu erfolgen?

Die Grundpfandverschreibung kann nur als Akzessorium einer zumindest möglichen Forderung errichtet werden. Normalerweise verlangt eine Forderung zwei Personen. Eine Ausnahme bilden die Wertpapiere. Gläubiger- und Schuldnerstellung können hier zusammenfallen, ohne dass Konfusion eintritt²¹. Ist dieses Prinzip anerkannt, so bestehen keine Bedenken, ein forderungsähnliches Verhältnis bereits mit der Ausstellung des Inhaberpapiers entstehen zu lassen. Zögernden mag die Ueberlegung helfen, dass man es dem Inhaberpapier nicht ansieht, ob es zirkuliert hat oder nicht. Der Schuldner wird natürlich die Forderung nicht gegen sich selbst gel-

¹⁸ Guhl: 33, S. 36; Homberger: 43, Art. 959 N 50; Leemann: 60, Art. 813/14 N 52; ZBGR Bd. 2, S. 74 ff.

¹⁹ vgl. BGE 66/2/151 ff.; ZBGR 1941, S. 153.

²⁰ vgl. BGE 49/2/26.

²¹ Art. 118/3 OR; Becker: 5, Art. 118 N 13; Oser-Schönenberger: 72, Bd. I, Art. 118 N 9; von Tuhr-Siegwart: 97, Bd. II, S. 633.

tend machen und man spricht daher von einer ruhenden Forderung²². Er kann sie aber verpfänden. Auch besteht die Möglichkeit, sie beispielsweise durch eine Bürgschaft²³ oder durch die einseitige Bestellung eines Pfandes zu sichern. Die Anwendung dieser sogenannten Kreationstheorie auf die IOG findet heute kaum mehr Gegner^{24/25}.

Muss die einseitige Pfandbestellung durch öffentlich beurkundete Anmeldung erfolgen? Für den Inhaber- und Eigentümerschuldbrief sieht Art. 20 GbV bloss Schriftlichkeit vor. Huber hat seinerzeit empfohlen, auch für sie an der öffentlichen Beurkundung festzuhalten²⁶. Wurde trotzdem einfache Schriftlichkeit zugelassen, so kaum deshalb, weil die Errichtung des Schuldbriefs und die der Gült bereits mit genügend Kautelen umgeben sind²⁷. In dieser Beziehung besteht zwischen einseitiger Errichtung und Errichtung auf Grund eines Pfandvertrages kein Unterschied. Der Grund ist wohl eher darin zu suchen, dass sich der Grundeigentümer mit dem Pfandvertrag verpflichtet, während die einseitige Errichtung des Schuldbriefes ohne solche Verpflichtung erfolgt. Dasselbe gilt aber auch für die einseitige Errichtung der IOG und es liesse sich daher nicht rechtfertigen, die Eintragung der Grundpfandverschreibung von einer öffentlich beurkundeten Anmeldung abhängig zu machen. In diesem Sinn vertritt das eidgenössische Grundbuchamt die Ansicht, eine schriftliche Anmeldung des Grundeigentümers genüge, solange die Inhaberoobligation nicht begeben sei²⁸. Den Kantonen steht es aber in analoger Anwendung von Art. 20/2 GbV frei, vorzuschreiben, die Anmeldung habe von einer Urkundsperson auszugehen.

Als einfacher und billiger, wird die einseitige Errichtung der IOG im allgemeinen dem Abschluss eines Pfandvertrages vorgezogen werden. Sie bietet zudem noch grössere Sicherheit, indem die Einrede der Simulation (vgl. oben S. 23/24) nicht zu befürchten ist.

²² Becker: 5, Art. 119 N 13; Homberger: 45, S. 149.

²³ BGE 46/2/98, 64/2/284.

²⁴ vgl. Homberger: 44, S. 567 f.; Leemann: 60, Art. 824 N 7; Schneider: 85, S. 3; BGE 49/2/19; anders BGE 60/2/89: Hier handelt es sich aber offensichtlich nicht um ein Wertpapier, sondern höchstens um eine Schuldanerkennung, was deutlich aus folgendem Passus des Entscheides (S. 96) hervorgeht: «Mais s'agissant d'une obligation hypothécaire c.-a.-d. d'une créance hypothécaire ordinaire...»

²⁵ Der Grundeigentümer besitzt auch die Möglichkeit, ein dem Eigentümerschuldbrief ähnliches Papier zu schaffen, indem er die Obligation an «eigene Order» stellt (Art. 993/1 OR in Verbindung mit Art. 1152/2 OR).

²⁶ Huber: 47, Bd. II, S. 176.

²⁷ Homberger: 44, S. 567.

²⁸ Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden 1930 (Heft 4) Nr. 65.

3. Anmeldung, Eintrag im Grundbuch und Ausstellung des Titels

Mit dem Pfandvertrag verpflichtet sich der Eigentümer zur Bestellung des Grundpfandes. Die zweite Etappe bildet die schriftliche Anmeldung an das Grundbuchamt, die den formellen Antrag zur Eintragung und die Eintragungsbewilligung enthält²⁹. Sie bildet das Verfügungsgeschäft. Es gelten dieselben Vorschriften, ob es sich um einen Schuldbrief oder um eine Grundpfandverschreibung handelt. Die Anmeldung hat schriftlich, bedingungs- und vorbehaltlos zu erfolgen und muss vom Eigentümer aus gehen³⁰. Bis zum Zeitpunkt, in dem sie ihre dinglichen Wirkungen äussert, d. h. bis zum Eintrag ins Hauptbuch, ist sie widerrufbar³¹. Es steht dem Eigentümer frei, den Gläubiger oder einen Dritten zur Anmeldung zu ermächtigen, sei es im Pfandvertrag, sei es ausserhalb desselben. Widerruf dieser Vollmacht ist jederzeit möglich³² und kann durch Rückzug der Anmeldung erfolgen.

Zur grundbuchlichen Fertigung des Schuldbriefes gehört der Eintrag im Grundbuch und die Ausstellung des Pfandtitels³³. Der Eintrag hat bereits Schuldbriefwirkung (Art. 856/2 ZGB). Das will heissen, dass das Pfandrecht in diesem Zeitpunkt entsteht³⁴. Darüber hinaus aber auch, dass der Gläubiger bereits sämtliche Rechte aus dem Schuldbrief erwirbt, sofern es sich um ein Namen- oder Inhaberschuldbrief handelt, dessen Errichtung auf Grund eines Pfandvertrages erfolgt (vgl. Art. 868/2 ZGB). Leemann will zwar die Rechte des Gläubigers beim Inhaberschuldbrief erst mit seiner Aushändigung entstehen lassen, da sie grundbuchlich nicht ausgewiesen seien, wie beim Namensschuldbrief³⁵. Dem ist aber nicht so. Der Name des Gläubigers geht aus dem Pfandvertrag hervor. Dieser nimmt als Beleg an den Rechtswirkungen des Grundbuches teil, sofern, wie es einer ordnungsgemässen Buchführung entspricht, das Hauptbuch auf ihn verweist³⁶.

Der Schuldbrieftitel hat somit lediglich deklaratorischen Charakter. Mit seiner Ausstellung wird er Eigentum des Gläubigers³⁷: Kommt er auf dem Grundbuchamt oder ausserhalb

²⁹ Homberger: 43, Art. 963 N 3.

³⁰ Art. 963/1 ZGB, Art. 12 und 13 GbV.

³¹ Haab-Simonius: 38, Art. 656 N 14; Homberger: 43, Art. 963 N 8.

³² Homberger: 43, Art. 963 N 9; Ostertag: 73, Art. 963 N 49.

³³ Huber: 47, Bd. II, S. 295.

³⁴ Leemann: 60, Art. 856 N 5.

³⁵ Leemann: 60, Art. 842 N 12.

³⁶ Homberger: 43, Art. 942 N 7 und 13.

³⁷ a. M. Wieland: 105, Art. 856, Ziff. 2, S. 391 und Art. 857, Ziff. 3, S. 393/4.

desselben abhanden, so ist der Gläubiger der Geschädigte³⁸. Die Aushändigung an den Gläubiger darf aber nur mit der schriftlichen Einwilligung von Eigentümer und Schuldner erfolgen, die jederzeit widerrufbar ist³⁹. Die letztern werden dadurch wirksam geschützt, denn die Verfügung über das Recht, d. h. seine Veräusserung oder Verpfändung, ist vor der Aushändigung des Titels laut Art. 869 ZGB ausgeschlossen⁴⁰. Das gilt auch dann, wenn als Rechtsgrundausweis die bloße Anmeldung des Pfandeigentümers dient. In diesem Fall wird der Pfandeigentümer aus Eintrag und Titel berechtigt und die Forderung ruht bis zum Zeitpunkt der Begebung des Schuldbriefes⁴¹.

Einfacher gestalten sich die Verhältnisse bei der IOG. Das Pfandrecht entsteht mit der Eintragung im Grundbuch. Der Gläubiger erwirbt die Forderung, sobald die Obligation an ihn begeben wird. Wird das Grundpfand einseitig bestellt, so darf die Inhaberobligation unter keinen Umständen vor dem Eintrag der Grundpfandverschreibung dem Gläubiger übergeben werden, ansonst nur ein Pfandvertrag als Rechtsgrund für den Eintrag dienen kann. Erfolgt die Begebung trotzdem vor dem Eintrag, so ist derselbe ungerechtfertigt und jeder Interessent kann seine Löschung fordern. Die Rechte des gutgläubigen Dritten, der das Pfandrecht auf Grund des Eintrags erwirbt, bleiben jedoch gewahrt (vgl. Art. 975/2 ZGB).

4. Das Urteil

Weigert sich der Eigentümer, die Anmeldung ans Grundbuchamt vorzunehmen, so bleibt dem Gläubiger nichts anderes übrig, als sich an den Richter zu wenden. Umstritten ist die Frage, ob der Richter das Pfandrecht direkt zusprechen oder den Gläubiger nur zur Anmeldung des Eintrags ermächtigen darf. Das ZGB sieht in Art. 656 die Zusprechung des Grundeigentums vor und verweist bei den Grund-

³⁸ Eine andere Regelung würde dazu führen, dass zwei Berechtigte vorhanden wären, der Gläubiger aus dem Grundbucheintrag und der gutgläubige Erwerber des Titels.

³⁹ Art. 857/3 ZGB, Art. 58 GbV, Leemann: 60, Art. 857 N 21.

⁴⁰ Leemann: 60, Art. 842 N 13; SJZ Bd. 17, S. 161 ff. Das Gesetz spricht zwar nur von Ausstellung. Da sich jedoch der Besitz des Grundbuchverwalters auf ein öffentlichrechtliches Verhältnis stützt, ist Besitzeinweisung ausgeschlossen (vgl. Homberger: 43, Art. 924 N 3; BGE 44/2/403).

⁴¹ Der Eigentümer kann das Grundbuchamt anweisen, den Titel einem Faustpfandgläubiger auszuhändigen. Verlangt er die Uebergabe an den Titelgläubiger, so wird das Grundbuchamt die Errichtung des Schuldbriefes verweigern und einen öffentlich beurkundeten Pfandvertrag als Rechtsgrundausweis verlangen (vgl. ZBGR Bd. 19, S. 178).

lasten und Servituten auf diese Bestimmung⁴². Da die Vorschriften über das Grundpfand keinen solchen Hinweis enthalten, liegt die Annahme nahe, dass die direkte Zusprechung des Pfandtitels nicht gestattet ist⁴³. Die Lektüre der Erläuterungen bestärkt uns in dieser Auffassung⁴⁴. Wir können daher mit Homberger, der die Zusprechung einer Grundpfandverschreibung als zulässig betrachtet⁴⁵, nicht einig gehen. Dies umso weniger, als der Gläubiger gar nicht unbedingt ein Interesse daran besitzt. Gesetz z. B. den Fall, er träte die Forderung vor der Eintragung der durch Urteil geschaffenen Grundpfandverschreibung ab: Da er gemäss Art. 656/2 ZGB über das Pfandrecht vor seiner Eintragung nicht verfügen könnte, würden Forderung und Pfandrecht auseinanderfallen und das Pfandrecht somit erlöschen.

Handelt es sich um die Errichtung eines Schuldbriefes, so kann der Gläubiger mit dem Urteil voll geschützt werden⁴⁶. Bei der IOG ist das nicht unter allen Umständen der Fall. Mit der Eintragung entsteht nur das Pfandrecht. Ohne Obligation nützt es dem Gläubiger nichts. Wie nun, wenn die Obligation noch gar nicht existiert? Ein Urteil ist nicht imstande, ein Wertpapier zu schaffen. Die Ausstellung eines solchen kann vom renitenten Schuldner auch nicht erzwungen werden. In diesem Fall gibt es daher kein absolut sicheres Rechtsmittel, um dem Gläubiger zu seinem Titel zu verhelfen.

Der Gläubiger hat nur einen Anspruch auf das vertragliche Pfandrecht, wenn er sich auf einen öffentlich beurkundeten Pfandvertrag stützen kann. Ein blosses mündliches oder schriftliches Versprechen des Grundeigentümers, einen Inhaberschuldbrief oder eine IOG zu errichten und dem Gläubiger auszuhändigen, gibt letzterem kein Recht, die Eintragung zu verlangen. Vermag es aber den Schuldner zur Aushändigung eines bereits ausgestellten Titels zu verpflichten? Eine derartige Verpflichtung des Schuldners — die ja formlos eingegangen werden kann — wird zumeist dem Parteiwillen entsprechen⁴⁷.

⁴² Art. 731/2, 746/2 und 783/3 ZGB.

⁴³ vgl. Leemann: 60, Art. 799 N 15.

⁴⁴ Huber: 47, Bd. II, S. 244 f.

⁴⁵ Homberger: 43, Art. 963 N 31.

⁴⁶ Die Unterschrift des Schuldners auf dem Schuldbrief ist nicht Gültigkeitsvoraussetzung und der Grundbuchbeamte kann sich durch die zuständige Behörde ermächtigen lassen, für den Schuldner zu zeichnen (vgl. ZBGR, Bd. 24, S. 287, Nr. 105).

⁴⁷ A. M. Luzerner Obergericht in einem Entscheid aus dem Jahre 1924, cit. in SJZ Bd. 22, S. 138.

5. Die Erhöhung der Titelsumme

Anstatt einen neuen Titel auszustellen, wird es vielfach einfacher sein, die in einem bereits bestehenden Titel verkörperte Forderung zu erhöhen. Rechtlich gesehen handelt es sich dabei um die Ausstellung eines neuen Pfandtitels im Umfang dieser Erhöhung. Als Rechtsgrundausweis für den Eintrag im Grundbuch bedarf es daher eines öffentlich beurkundeten Pfandvertrages⁴⁸ und beim Schuldbrief muss der Titel erneut vom Grundbuchverwalter, von der zweiten Amtsstelle, sowie vom Schuldner unterzeichnet werden⁴⁹. Bei der IOG ist die Unterschrift des Schuldners auf dem Titel ebenfalls notwendig. Dazu gesellt sich ein Vermerk auf der Inhaberoobligation, aus dem sich ergibt, dass das Grundstück im bisherigen Rang auch für die zusätzliche Summe haftet.

⁴⁸ Der Pfandvertrag erübrigt sich, wenn sich der Titel in den Händen des Grundeigentümers befindet.

⁴⁹ ZBGR Bd. 15, S. 239 und Bd. 23, S. 50.

III. Kapitel

Der Inhalt des Inhaberschuldbriefes und der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung

1. Die vom Inhaberschuldbrief und der IOG verkörperten Rechte

Sowohl der Schuldbrief als auch die IOG sind Pfandtitel insoweit, als sie Forderung und Pfandrecht verkörpern: Die beiden Rechte können ohne Titel weder übertragen noch geltend gemacht werden¹. Was den Schuldbrief anbetrifft, so braucht es dazu keines weitem Kommentares². Anders liegen die Verhältnisse bei der IOG. Hier findet man noch die Meinung vertreten, sie verkörpere nur die Forderung³. Diese Ansicht ist insofern richtig, als *direkt* mit dem Titel nur die Forderung verbunden ist. Indirekt umfasst sie aber auch das Pfandrecht, indem die Verfügung über die Forderung die Verfügung über das Pfandrecht in sich schliesst: Einerseits kann das Pfandrecht nur vom Forderungsgläubiger, also vom Titelinhaber, geltend gemacht werden und andererseits folgt das Pfandrecht als Nebenrecht der Forderung, d. h. dem Titel⁴. Eine selbständige Uebertragung des Pfandrechts ist auf alle Fälle ausgeschlossen und man könnte sich höchstens fragen, ob es überhaupt übertragbar ist, da es aus dem Titel gar nicht hervorgeht. Wie wir aber bereits gesehen haben, braucht ein an ein Wertpapier gebundenes Recht nicht auch in allen Fällen in ihm verurkundet zu sein⁵.

Es bleibt noch die Frage zu beantworten, ob das Pfandrecht bei der IOG von Gesetzes wegen mit der Forderung übergeht oder ob es dazu einer speziellen Abmachung bedarf. Nach u. A. gilt die Ver-

¹ vgl. Ausnahme: Art. 868/2 ZGB.

² Leemann: 60, Art. 842 N 2 und 859 N 6/7; Tuor: 98, S. 577.

³ Homberger: 44, S. 564/5, der aber unter Wertpapiercharakter die Skripturwirkung zu verstehen scheint.

⁴ Huber: 50, S. 53.

⁵ vgl. Kap. I Ziff. 3, S. 17.

mutung des Art. 170/1 OR auch für die Uebertragung von Rechten aus Wertpapieren; denn das Wertpapierrecht enthält keine besonderen Bestimmungen über den Uebergang der Nebenrechte (vgl. Art. 174 OR). Zudem besitzt der Veräusserer der IOG nicht einmal die Möglichkeit, die Uebertragung des Grundpfandrechts *ausdrücklich* auszuschliessen⁶. Die Grundpfandverschreibung geht — solange die Forderung besteht — erst mit ihrer Löschung im Grundbuch unter und diese Löschung kann nur vom Titelinhaber bewilligt werden.

Die Verfügung über Forderung und Pfandrecht setzt also sowohl beim Inhaberschuldbrief als auch bei der IOG den Besitz des Titels voraus. Der Besitz des Titels verleiht aber zudem auch noch den Schein der Verfügungsberechtigung: Der gutgläubige Erwerber darf sich auf diesen Schein verlassen und erwirbt den Titel nach den Regeln über den gutgläubigen Erwerb von Inhaberpapieren (Art. 935 ZGB).

2. Die beiden Titelarten als Beweismittel

Der Schuldbrief ist eine öffentliche Urkunde im Sinne von Art. 9 ZGB. Diese bringen vollen Beweis der durch sie bezeugten Tatsachen. Darüber hinaus gilt die ungeschriebene Vermutung ihrer Echtheit. Will der Schuldner die Einwendung geltend machen, Unterschrift oder Inhalt der Urkunde seien gefälscht, so hat er den Beweis dafür zu erbringen⁷. Anders liegen die Verhältnisse unter Umständen bei der IOG. Handelt es sich dabei um eine einfache schriftliche Urkunde, so bestimmt sich ihre Beweiskraft nach dem kantonalen Prozessrecht und der Gläubiger ist möglicherweise gezwungen, ihre Echtheit darzutun⁸.

3. Die im Inhaberschuldbrief und in der IOG verkündeten Rechte

Die Bedeutung der Skriptur auf dem Schuldbrief geht weit über die Beweisfunktion hinaus. Nach Art. 866 ZGB besteht der Schuldbrief seinem Wortlaut gemäss jedem Gutgläubigen gegenüber zu Recht, d. h. der gutgläubige Erwerber des Schuldbriefes darf sich auf seinen Text verlassen und erwirbt Forderung und Pfandrecht gemäss dem Wortlaut des Briefes. Der Schuldbrief verkörpert somit

⁶ Jenny: 58, S. 129; von Tuhr-Siegmant: 97, Bd. II, S. 802; vgl. § 1153/2 BGB.

⁷ Die Beweisführung erfolgt dabei nicht nach Art. 9/2 ZGB, sondern nach dem kantonalen Prozessrecht: Egger: 23, Art. 9 N 10/11.

⁸ Egger: 23, Art. 9 N 5.

nicht nur die Verfügung über Forderung und Pfandrecht, sondern auch den Inhalt derselben. Er bildet einen qualifizierten Pfandtitel, einen Pfandtitel öffentlichen Glaubens, eine Art ambulantes Grundbuch⁹. Daneben besteht notwendigerweise auch ein Eintrag im Grundbuch. Der damit verbundene Publizitätsschutz erstreckt sich dabei ebenfalls auf die Forderung und auf das Pfandrecht (Art. 865 ZGB).

Sehr verschieden davon ist die Skripturwirkung der IOG. Ihr Wortlaut ist lediglich massgebend für den Inhalt der Forderung. Was das Pfandrecht anbetrifft, so bestimmt es sich einzig und allein nach dem Eintrag im Grundbuch. Er gibt Auskunft über Bestand und Inhalt desselben. Die Bedeutung des Eintrags geht aber nicht über das Pfandrecht hinaus. Die Forderung wird davon prinzipiell nicht berührt¹⁰ und der mit dem Grundbuch verbundene Publizitätsschutz beschränkt sich auf das Pfandrecht.

Damit sind wir beim Hauptunterschied zwischen Inhaberschuldbrief und IOG angelangt. Folgendes Schema soll das Gesagte verdeutlichen:

	Rechtsschein der Verfügungs-berechtigung	Rechtsschein des Rechtsinhaltes	
	Titel	Titel	Grundbuch
Inhaberschuldbrief	F. u. Pf.	F. u. Pf.	F. u. Pf.
IOG	F. u. Pf.	F.	Pf.

Legende: F. = Forderung. Pf. = Pfandrecht.

In der Praxis lässt man die Eintragung der Grundpfandverschreibung vom Grundbuchverwalter auf der IOG vermerken. Die Eintragungsbescheinigung bezeugt lediglich, dass an an dem bestimmten Datum eine Grundpfandverschreibung errichtet wurde. Ueber den gegenwärtigen Bestand des Grundpfandes sagt sie nichts aus. Gemäss Art. 825, Abs. 2 und 3 ZGB kommt ihr keine Wertpapierwirkung zu¹¹. Sie bildet daher auch keinen wesentlichen Bestandteil der IOG, die schon ohne diesen Vermerk perfekt ist¹². Immerhin hat der Eintragsvermerk für den Gläubiger eine grosse praktische Bedeu-

⁹ Leemann: 60, Art. 865/6 N 3.
¹⁰ Huber: 50, S. 52.
¹¹ Homberger: 44, S. 564; Leemann: 60, Art. 825 N 10.
¹² vgl. Huber: 50, S. 53; a. M. Abravanel: 1, S. 125.

tung. Einerseits ist er sicher, dass an dem genannten Datum eine Grundpfandverschreibung eingetragen wurde. Dafür haftet ihm der Kanton (Art. 955 ZGB). Andererseits ermöglicht ihm dieser Vermerk, die Identität seines Titels mit dem grundpfändlich sichergestellten jederzeit zu beweisen.

4. Differenzen zwischen Grundbuch- und Titelinhalt

Es handelt sich hier um die Frage, ob der Grundbucheintrag oder der Titelinhalt gelten soll, wenn Differenzen zwischen den beiden bestehen. Bei der IOG ist die Situation einfach: Der Grundbucheintrag ist massgebend für das Pfandrecht, der Titelinhalt für die Forderung. Anders liegen die Verhältnisse beim Schuldbrief: Hier gehen sowohl Forderung als auch Pfandrecht aus dem Titelinhalt und aus dem Grundbucheintrag hervor. Was nun, wenn diese beiden Publizitätsorgane nicht übereinstimmen?

Art. 867 ZGB setzt die Priorität des Grundbuches fest und verweist den geschädigten Gläubiger an den Kanton. Er bestätigt damit den deklarativen Charakter des Wertpapiers, welcher schon aus Art. 856/2 ZGB hervorgeht. Die Doktrin, vom Bestreben geleitet, die Haftbarkeit des Kantons möglichst zu verringern, verleiht diesem Artikel allerdings einen etwas andern Sinn: Der Eintrag im Grundbuch gilt unter allen Umständen, wenn er dem wahren Sachverhalt entspricht. Stimmt aber nicht der Grundbucheintrag, sondern der Inhalt des Wertpapiers mit der wahren Rechtslage überein, dann gilt grundsätzlich der Titel. Er gilt ohne Ausnahme, wenn er auf eine geringere Summe lautet als das Grundbuch. Weist er aber eine höhere Belastung auf, so geht er nur vor, wenn nicht bereits ein gutgläubiger Dritter ein kollidierendes dingliches Recht erworben hat¹³.

Zu einer solchen Auffassung führt die Ueberlegung, der Grundeigentümer müsse sich die Anpassung des Grundbuches an die von ihm gewollte Rechtslage gefallen lassen. Daraus lässt sich entnehmen, dass der Verurkundung des wahren Sachverhalts im Wertpapier und nicht dem damit verbundenen Rechtschein konstitutive Wirkung zukommt, d. h. der Gläubiger darf sich auf den richtigen Titel verlassen, auch wenn er den falschen Grundbucheintrag kennt. Das Wissen um die Abweichung verbaut ihm höchstens den Rückgriff auf den Kanton (vgl. Art. 44 OR).

¹³ Homberger: 43, Art. 973 N 29; Jenny: 57, S. 130 ff.; Leemann: 60, Art. 867 N 4—9; Trümpi: 94, S. 30 ff.

Die Doktrin hat sich aber dieser Interessenjurisprudenz nicht vollständig verschrieben. Sie nimmt an, es brauche auf alle Fälle einen Eintrag im Grundbuch, damit der Titel wirksam sei¹⁴. Die Auffassung, ein falscher Eintrag solle der Wirksamkeit des Titels prinzipiell keinen Abbruch tun, wohl aber das Fehlen eines solchen, lässt sich jedoch kaum rechtfertigen.

¹⁴ Homberger: 43, Art. 973 N 28; Leemann: 60, Art. 865/6 N 9, Art. 867 N 5.

IV. Kapitel

Die Verwaltung der Titel

1. Zinsen und Annuitäten

Die Pflicht zur Zahlung von Zinsen und Annuitäten kann sich aus dem Wertpapier oder aus einer zusätzlichen Abmachung zwischen Schuldner und Gläubiger ergeben. Das in Art. 818 ZGB vorgesehene Pfandrecht für Zinsen besteht aber nur, sofern die Zinspflicht aus dem Grundbuch hervorgeht¹. Ist das der Fall, so muss sie auch im Schuldbrief verurkundet sein, nicht aber notwendigerweise in der IOG. Oeffentliche Beurkundung der Zinskonvention braucht es nicht, da es sich beim Pfandrecht für die Zinsen um ein gesetzliches Pfandrecht handelt².

Sämtliche Zahlungsverpflichtungen aus dem Schuldbrief, mit Ausnahme der in Coupons verurkundeten Zinsen, sind laut Art. 861 ZGB Bringschulden. Der Schuldner muss daher bei Verfall dem Gläubiger Zahlung an dessen Wohnort anbieten, ansonst er ohne Mahnung in Verzug gerät. Bei Uebertragung der Forderung hat er, solange ihm keine Anzeige gemacht wird, das Recht, Zinsen und Annuitäten, für die keine Coupons bestehen, an den bisherigen Gläubiger zu entrichten (Art. 862 ZGB). Als Annuitäten gelten dabei sowohl reine Kapitalabzahlungen, als auch solche, die in Form eines Zinszuschlages er-

¹ Leemann: 60, Art. 799 N 71.

² Leemann: 60, Art. 799 N 72.

³ Brodtbeck-Däppen-Welti: 10, Bd. II, Art. 862 N 1; die Bedingung einer jährlichen Abzahlung ergibt sich aus dem Wort Annuität. Die Frage, ob diese wortgetreue Auslegung richtig ist, wurde vom Bundesgericht in Entscheid Bd. 55/2/175 offen gelassen. Für jene Abzahlungen, die nicht unter den Begriff der Annuität im Sinne von Art. 862/1 ZGB fallen, gilt der allgemeine Grundsatz, wonach sie mit befreiender Wirkung nur an den Inhaber des Papiers geleistet werden können.

folgen, sofern es sich nur um regelmässige, jedes Jahr wiederkehrende und *im Titel vorgesehene* Zahlungen handelt³. Die Vorschrift des Art. 862/1 ZGB soll nach Wieland⁴ den Gläubiger veranlassen, sich dem Schuldner zu erkennen zu geben und letztern damit in Stand setzen, dem Gläubiger eventuelle Mitteilungen, wie z. B. die Mitteilung der Schuldübernahme gemäss Art. 834 ZGB, zukommen zu lassen. Auf alle Fälle erleichtert sie die Stellung des Schuldners bei der Zahlung, indem er dem ihm bekannten Gläubiger das Geld zustellen kann, ohne dessen Legitimation überprüfen zu müssen. Er ist jedoch nur berechtigt, nicht etwa verpflichtet, an den alten Gläubiger zu leisten und kann jederzeit vom Zahlungsempfänger verlangen, dass er sich mit dem Papier als Gläubiger ausweist⁵. Für die Entrichtung von Zinsen und Annuitäten hat somit der Schuldbrief eine ähnliche Bedeutung wie ein gewöhnlicher Schuldschein⁶.

Als allgemeiner Grundsatz gilt, dass die Verkörperung einer Forderung in einem Wertpapier diese zu einer Holschuld macht⁷. Bei der der IOG handelt es sich daher um eine Holschuld, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes abgemacht wird, z. B. durch Anfügung der Klausel «ohne vorgängige Präsentation»⁸. Holt der Gläubiger am Zinstermin das Geld nicht ab, so gerät er in Verzug und der Schuldner kann gemäss Art. 92 OR hinterlegen. Art. 862 ZGB, der dem Schuldner das Recht gibt, Zinsen und Annuitäten an den alten Gläubiger zu leisten, gilt für die IOG nicht. Dieser Artikel statuiert kein allgemeines Prinzip, sondern eine Ausnahme von der Regel, dass sich der Titelschuldner lediglich durch Bezahlung an den Inhaber des Papiers befreien kann⁹, und gilt ausdrücklich nur für Schuldbrief und Gült. Es liesse sich kaum rechtfertigen, diese Bestimmung extensiv zu interpretieren und auf die IOG auszudehnen. Die Parteien können ja den Schuldbrief wählen, wenn er ihnen bequemer erscheint. Zudem hat der Schuldner einer IOG, da es sich um eine Holschuld handelt, nicht dasselbe Interesse wie beim Schuldbrief, durch Zahlung an den alten Gläubiger Befreiung zu erlangen.

⁴ Wieland: 105, Art. 861 und 862 N 1.

⁵ vgl. Weiss: 104, Bd. II, Art. 862, Nr. 2876; a. M. Wieland: 105, Art. 861 und 862 N 2a.

⁶ Leemann: 60, Art. 862 N 9.

⁷ Art. 966 und 1029 OR; Guhl: 35, S. 165; Oser-Schönenberger: 72, Bd. I, Art. 74 N 14.

⁸ Wieland: 105, Art. 861 und 862 N 1.

⁹ Art. 966 und 975 OR.

2. Die Schuldübernahme

Unter den Bestimmungen über das Grundpfand enthält das ZGB einige Vorschriften bezüglich der Schuldübernahme (Art. 832, 834 und 846 ZGB). Der Gesetzgeber stand bei ihrer Redaktion auf dem Boden der Genehmigungstheorie¹⁰, d. h. auf dem Standpunkt, der Schuldübernahmevertrag komme zwischen dem alten Schuldner und dem Uebernehmer zustande und werde vom Gläubiger genehmigt. Laut Art. 834 ZGB hat der Grundbuchverwalter den Gläubiger vom Uebernahmevertrag in Kenntnis zu setzen. Will dieser den bisherigen Schuldner beibehalten, so muss er den Schuldner (und nicht etwa den Uebernehmer) innerhalb eines Jahres schriftlich davon verständigen.

Im später redigierten Obligationenrecht wurde die private Schuldübernahme als Vertrag zwischen Schuldübernehmer und Gläubiger konstruiert (Art. 176 OR). Das Bundesgericht hat die Vorschriften des ZGB denjenigen des OR angenähert und ist zum Schluss gelangt, dass Art. 832 ZGB in Zusammenhang zum allgemeinen Schuldübernahmerecht des OR gebracht werden müsse, von dem es lediglich einen Anwendungsfall mit gewissen Modifikationen darstelle¹¹. In einem spätern Entscheid¹² ist es jedoch auf diese Frage zurückgekommen und hat die Vorschriften des ZGB anders qualifiziert. Wörtlich führt es dort aus: «Die Schuldübernahme für Grundpfandschulden kommt jedoch in gleicher Weise zustande, wie diejenige bei der Uebernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven: Hier wie dort erfolgt der Schuldübergang nicht auf Grund eines Vertrages zwischen Gläubiger und Uebernehmer, sondern er ist eine von Gesetzes wegen eintretende Folge der Vereinbarung zwischen altem und neuem Schuldner, die allerdings der ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung des Gläubigers bedarf.» Daraus wird gefolgert, dass bei Ungültigkeit des Grundgeschäftes zwischen Altschuldner und Uebernehmer auch die Schuldübernahme nicht zustande gekommen sei — eine Folge, die Art. 179/3 OR für die private Schuldübernahme ausdrücklich ausschliesst¹³.

¹⁰ Deppeler: 18, S. 35; Schenker: 82, S. 7.

¹¹ BGE 40/2/596 f.

¹² BGE 60/2/111.

¹³ Bei Ungültigkeit des Grundgeschäftes wird allerdings die Schuldübernahme oft wegen Willensmängeln, Irrtum oder Täuschung angefochten werden können: vgl. BGE 60/2/112.

Die Kausalität der im ZGB vorgesehenen Schuldübernahme lässt sich auch aus der ratio legis dieser Spezialbestimmung rechtfertigen: Sie soll das Zusammenfallen von Schuld- und Pfandhaftung fördern¹⁴. Dieser Zwecksetzung zuliebe hat übrigens ebenfalls das dem Schuldbrief anhaftende Prinzip des öffentlichen Glaubens eine Einschränkung erfahren¹⁵, indem die nach Art. 832 ZGB erfolgte Schuldübernahme einem allfälligen Erwerber des Papiers gegenüber auch dann gilt, wenn nichts davon auf der Urkunde vermerkt ist¹⁶. Dem Titel kann also mit Sicherheit nur entnommen werden, wer Schuldner zur Zeit der Errichtung des Briefes gewesen war. Die Interessen des Gläubigers werden dadurch nicht in ungebührlicher Weise verletzt, da sie durch die Realsicherheit, die das Grundstück bietet, bereits in genügender Weise gewahrt sind¹⁷. Damit die Schuldübernahme zustande kommt, muss allerdings die Mitteilung des Grundbuchverwalters an den wirklichen Gläubiger erfolgen. Eine Anzeige an den im Gläubigerverzeichnis aufgeführten Gläubiger hat keine rechtliche Bedeutung, sofern der Titel bereits weitergegeben worden ist¹⁸. Veräussert der Gläubiger den Brief nach erhaltener Mitteilung, ohne dem Erwerber davon Kenntnis zu geben, so läuft nach u. A. die einjährige Frist weiter. Muss sich der gutgläubige Erwerber die Schuldübernahme entgegenhalten lassen, so wohl auch die seine Interessen weniger verletzende Einwendung, dass die Mitteilung an den alten Gläubiger bereits erfolgt sei.

Die IOG darf bezüglich der Schuldübernahme nicht gleich behandelt werden wie der Schuldbrief. Dieses Wertpapier bezeugt nur die Schuldpflicht, nicht auch das Pfandrecht. Die Person des Schuldners ist daher äusserst wichtig und es geht kaum an, zu behaupten, die Interessen des Gläubigers seien durch die Realsicherheit, die unter Umständen gar nicht mehr besteht, genügend gesichert. Der gutgläubige Erwerber eines solchen Papiers muss zumindestens die Sicherheit besitzen, dass die Forderung so besteht, wie sie im Papier verurkundet ist. Eine Schuldübernahme, die nicht daraus hervorgeht, kann ihm

¹⁴ Die Vorschrift dient vor allem dem Schutz des Veräusserers. Das Zusammenfallen von Personal- und Realhaft liegt aber auch im Interesse der Verkehrsfähigkeit des Schuldbriefes, da dabei die rechtlichen Verhältnisse am einfachsten liegen: vgl. ZBGR, Bd. 23, S. 155, Ziff. 72.

¹⁵ Schenker: 82, S. 13.

¹⁶ Leemann: 60, Art. 832 N 37; ZBGR Bd. 20, S. 190, Nr. 57, Bd. 23, S. 151, Nr. 72, Bd. 24, S. 28, Ziff. 2; Praxis 31, Nr. 58; der Schuldnerwechsel wird im Titel nur auf Verlangen des Titelgläubigers eingetragen: ZBGR, Bd. 19, S. 240.

¹⁷ Deppeler: 18, S. 39; ZBGR Bd. 23, S. 156.

¹⁸ BGE 40/2/595 und 598.

daher unseres Erachtens nicht entgegengehalten werden, ebenso nicht die an den alten Gläubiger erfolgte Mitteilung einer solchen. Die Uebernahmekonvention bedarf also, um dem gutgläubigen Dritten gegenüber wirksam zu sein, der Verurkundung im Papier. Die Unterschrift des Gläubigers ist dabei nicht notwendig, ist er doch anonym. Diejenige des Uebernehmers genügt. Die Zustimmung des Gläubigers ergibt sich daraus, dass er dem Uebernehmer das Papier zur Unterzeichnung überlässt. Beim Vorhandensein einer IOG äussern somit die im ZGB vorgesehenen Erleichterungen der Schuldübernahme ihre Wirkungen nur in beschränktem Umfange.

Art. 832 ZGB spricht von der Veräusserung. Darunter ist nicht nur der Verkauf eines Grundstückes zu verstehen. Die Vorschrift findet auch Anwendung auf andere Rechtsgeschäfte, sofern sie die Uebertragung des Eigentums an Grundstücken zum Inhalt haben, wie z. B. auf Schenkung, Verpfändung, Tausch etc. Die Bestimmungen des ZGB gelten aber nur dann, wenn es sich um eine Schuldübernahme zwischen dem bisherigen und dem neuen Eigentümer handelt. In der Regel wird die Uebernahmevereinbarung in das der Eigentumsübertragung zugrunde liegende Rechtsgeschäft eingeschlossen. Sie kann aber auch ausserhalb desselben erfolgen, wobei öffentliche Verurkundung unumgänglich ist, sofern die Vorschriften des ZGB Anwendung finden sollen¹⁹. Wird die Schuldübernahme mit einem Dritten verabredet, so greifen ausschliesslich die Vorschriften der Art. 175 ff. OR Platz. Es ist anzunehmen, dass ein derartiger Vertrag der öffentlichen Beurkundung nicht bedarf²⁰: Er hat rein obligationenrechtliche Bedeutung. Ohne Rücksicht auf die Form kann eine solche Schuldübernahme dem gutgläubigen Erwerber eines Schuldbriefes nur entgegengehalten werden, wenn sie daraus hervorgeht²¹.

¹⁹ Leemann: 60, Art. 832 N 9; wird der Vertrag bloss schriftlich geschlossen, so liegt höchstens eine Schuldübernahme i. S. der Art. 175 ff. OR vor.

²⁰ Leemann: 60, Art. 832 N 10.

²¹ Leemann: 60, Art. 832 N 37.

3. Die Vinkulation

Ein Inhaberpapier kann in ein Namen- oder Orderpapier umgewandelt, vinkuliert werden. Die Umwandlung von Pfandtiteln unterliegt keinen besondern Bestimmungen. Der allgemeine Grundsatz des Art. 970/2 OR ist anwendbar: Zur vollständigen, restlosen Umwandlung eines Inhaberpapiers in ein Namen- oder Orderpapier braucht es die Zustimmung aller aus dem Papier berechtigten und verpflichteten Personen, also der Gläubiger, Pfandgläubiger, Nutzniesser, Schuldner etc.

Die Vinkulation erfolgt bei gewöhnlichen Inhaberpapieren in der Weise, dass der Schuldner auf dem Papier erklärt, an eine bestimmte Person, resp. an die Order einer bestimmten Person, zahlen zu wollen²². Die Zustimmung der übrigen Verpflichteten und Berechtigten hat ebenfalls auf dem Papier zu erfolgen.

Beim Schuldbrief muss vorgängig der Vinkulation der Pfandvertrag, der die Forderung mitumfasst, geändert werden²³. Diese Aenderung bedarf gemäss Art. 12 u. 115 OR der öffentlichen Beurkundung²⁴. Häufig wird allerdings nicht von einer Aenderung des Pfandvertrages gesprochen werden können, da der Inhaberschuldbrief in der Regel einseitig errichtet wird. Jedoch ist auch in diesem Fall öffentliche Beurkundung der Aenderung erforderlich. Schriftliche Anmeldung genügt nur dann, wenn der Eigentümer des Grundstückes den in seinem Besitze befindlichen Inhaberschuldbrief in einen Eigentümerschuldbrief umwandeln will²⁵. Die Vinkulation des Schuldbriefes selbst wird vom Grundbuchverwalter vorgenommen. Die Zustimmung der aus dem Titel berechtigten und verpflichteten Personen erfolgt dabei nicht auf dem Titel; denn der Grundbuchverwalter muss dieser Zustimmung sicher sein, bevor er den Schuldbrief vinkuliert.

Bei der IOG hat der Grundbuchverwalter mit dem Titel nichts zu schaffen. Sie wird in der gleichen Weise vinkuliert, wie ein gewöhnliches Inhaberpapier. Ist eventuell eine öffentlich beurkundete Aenderung des Pfandvertrages, resp. ein originärer Pfandvertrag, mit nachfolgender Aenderung des Grundbucheintrages notwendig? Einer

²² Jacobi: 53, S. 498. Beim Schuldbrief als gesetzliches Orderpapier ist die Orderklausel nicht erforderlich.

²³ vgl. Leemann: 60, Art. 859 N 19; Schneider: 85, S. 142; ZBGR Bd. 20, S. 152, Ziff. 46.

²⁴ ZGBR Bd. 23, S. 11, Ziff. 7.

²⁵ vgl. SJZ Bd. 19, S. 253; ZBGR Bd. 17, S. 137, Ziff. 59.

Aenderung bedarf es dann, wenn das Pfandrecht im Pfandvertrag nur für die Inhaberoobligation und nicht allgemein für die darin verkörperte Forderung ohne Rücksicht auf die Bezeichnung des Berechtigten bestellt wurde. Da im Zweifel das letztere kaum angenommen werden darf, wird sich eine Anpassung des Pfandvertrages zu meist nicht umgehen lassen.

Stimmen nicht alle aus dem Papier berechtigten und verpflichteten Personen der Vinkulation bei, so gilt sie nur zwischen dem Gläubiger, der sie vorgenommen hat, und seinem unmittelbaren Rechtsnachfolger (Art. 970/2 OR). Oeffentliche Beurkundung ist nicht notwendig, da dadurch weder die Stellung des Schuldners erschwert, noch das Pfandrecht berührt wird. Es handelt sich eher um einen besondern Uebertragungsmodus als um eine Vinkulation: Die Uebertragung erfolgt nicht, wie üblich, durch blossе Uebergabe, sondern durch Uebergabe verbunden mit einer Zession, respektive einem Indossament. Es hat allerdings keinen grossen Sinn, ein Inhaberpapier zu zedieren, noch weniger, es zu indossieren²⁶. Erfolgt die Zession nicht auf dem Papier, so ist sie Dritten gar nicht erkenntlich. Sie nützt hauptsächlich dem Schuldner, der dem Zessionar gegenüber die Einreden gegen den Zedenten gemäss Art. 169 OR geltend machen kann. Dieses Vorteils geht er jedoch unter Umständen wieder verlustig, da der Zessionar das Inhaberpapier durch blossе Uebergabe weiterübertragen kann.

4. Aenderungen des Pfandobjekts

Aus dem Schuldbrief geht der genaue Inhalt des Pfandrechts hervor. Er gibt Auskunft über den Umfang des Grundstückes, über die Belastungen desselben und über die ihm zustehenden Berechtigungen (Art. 53 GbV). Aendern sich diese Verhältnisse, so ist auch der Titel entsprechend zu ändern, vorausgesetzt, dass das Pfandrecht dadurch betroffen wird (Art. 874 ZGB, Art. 68/2 GbV). Auf dem Titel anzumerken sind z. B. die Zerstückelung des verpfändeten Grundstückes unter Verteilung der Pfandlast gemäss Art. 833 ZGB, die Löschung von dem verpfändeten Grundstück zustehenden Servituten und Grundlasten, die Ausschliessung der Zugehör von der Pfandhaft, die Entlassung kleiner Stücke aus der Pfandhaft gemäss Art. 811 ZGB, die Verlegung von Pfandrechten bei der Güterzusammenlegung laut

²⁶ vgl. Jacobi: 53, S. 493; Ulmer: 99, S. 77.

Art. 802 ZGB etc.²⁷. Mit der Anmeldung einer solchen Eintragung, resp. einer solchen Anmerkung, ist dem Grundbuchamt gleichzeitig der Schuldbrief einzureichen²⁸. Kann der Titel nicht beigebracht werden, so führt auch die Ernennung eines Beistandes gemäss Art. 823 ZGB nicht zum Ziel²⁹. Der Grundbuchverwalter wird unter diesen Umständen die Eintragung verweigern, ansonst eine Diskrepanz zwischen Grundbuch- und Titelinhalt entstehen und der Kanton eventuell nach Art. 867/2 ZGB haftbar würde³⁰. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Titelinhaber zustimmen muss, da für die Erhaltung der Pfandsicherheit genügend gesorgt ist³¹. Das trifft zu bei der Güterzusammenlegung und bei der Entlassung kleiner Stücke aus der Pfandhaft, sofern der Rest des Grundstücks noch volle Sicherheit bietet. In diesen beiden Fällen braucht der Schuldbrief nicht unbedingt geändert zu werden.

Im Gegensatz zum Schuldbrief ist eine Aenderung der IOG nicht notwendig, wenn sich das Pfandobjekt verschlechtert, da sich der Inhalt des Pfandrechts ausschliesslich aus dem Grundbuch ergibt. Der Grundbuchverwalter wird allerdings einen das Pfandrecht berührenden Eintrag nur vornehmen, wenn die Zustimmung des Gläubigers und damit der Titel beigebracht wird. Es besteht jedoch die Möglichkeit, seine Einwilligung durch diejenige eines Beistandes ersetzen zu lassen, sofern die Voraussetzungen des Art. 823 ZGB gegeben sind. Der Gläubiger eines Schuldbriefes ist daher besser gegen Verschlechterungen des Pfandobjektes geschützt als der Gläubiger einer IOG. Hingegen gestalten sich die Errichtung der IOG und der Verkehr damit einfacher, da die Umschreibung des Pfandobjektes und Aen-

²⁷ vgl. Leemann: 60, Art. 874 N 25. Ein Eigentümerwechsel braucht nicht sofort auf dem Titel vermerkt zu werden. Die Anmerkung erfolgt in praxi von Amtes wegen bei der nächsten Vorweisung des Pfandtitels: ZBGR Bd. 20, S. 153 und Bd. 24, S. 28, Ziff. 2.

²⁸ Leemann: 60, Art. 833 N 15; SJZ Bd. 9, S. 355.

²⁹ vgl. Leemann: 60, Art. 823 N 7.

³⁰ vgl. aber auch ZBGR Bd. 19, S. 229, Nr. 10, wo erklärt wird, der Grundbuchverwalter habe keine Rechtsmittel zu seiner Verfügung, um die Aushändigung des Titels vom Pfandgläubiger zu erzwingen. Weigere sich derselbe, den Titel herauszugeben, so unterbleibe die Eintragung im Titel. In diesem Fall werde der Titelgläubiger dem gutgläubigen Erwerber gegenüber verantwortlich und nicht das Grundbuchamt. Nach u. A. kann aber dem Dritterwerber nicht wohl zugemutet werden, auf den früheren Gläubiger Rückgriff zu nehmen, da ihm ja laut Gesetz der Kanton haftet.

³¹ Leemann: 60, Art. 802 N 14 und Art. 811 N 18.

derungen desselben nicht in den Titel aufgenommen zu werden brauchen. Dieser Umstand ist denn auch mit ein Grund, warum die IOG in gewissen Gegenden dem Schuldbrief vorgezogen wird.

5. Die Kraftloserklärung

Der Besitzer eines Inhaberpapiers wird gleich wie jeder andere Besitzer in seinem Besitze geschützt. Er hat das Recht auf Selbsthilfe im Rahmen von Art. 926 ZGB und kann gegebenenfalls aus Besitzesentziehung (Art. 927 ZGB), wenn nötig aus Besitzesstörung klagen. Neben dem Besitzeschutz geniesst er den Besitzrechtsschutz, allerdings mit der empfindlichen Einschränkung, dass ein Inhaberpapier dem gutgläubigen Empfänger nicht abgefordert werden kann und somit nur der bösgläubige Besitzer zur Rückgabe verpflichtet ist.

Neben diesen allgemeinen Rechtsmitteln steht dem Besitzer eines Inhaberpapiers noch ein besonderes Verfahren zur Verfügung, um sich gegen den Verlust der im Papier verkörperten Rechte zu schützen: Die Kraftloserklärung, auch Amortisation genannt. Den Schluss dieses Verfahrens bildet das Amortisationsurteil, welches die Urkunde ihres Wertpapiercharakters beraubt, das Recht vom Papier trennt, so dass es vom Erstreiter des Urteils ohne Papier geltend gemacht werden kann. Derselbe hat den Besitz und den Verlust oder die Vernichtung des Wertpapiers glaubhaft zu machen (Art. 981/3 OR). Das Urteil richtet sich gegen diejenigen, die nach dem Verlierer Rechte mit und aus dem Papier erworben haben, nicht aber gegen die früheren Eigentümer

Die Kraftloserklärung der Pfandtitel des ZGB unterliegt gemäss Art. 870/2 ZGB denselben Bestimmungen, wie die der gewöhnlichen Inhaberpapiere. Eine Differenz besteht jedoch bezüglich der örtlichen Zuständigkeit des Richters. Gemäss Art. 981/2 OR ist der Richter am Wohnsitz des Schuldners zur Kraftloserklärung zuständig. Einige Kantone haben jedoch dem Richter der gelegenen Sache die Kompetenz eingeräumt, Pfandtitel des ZGB zu amortisieren, so z. B. der Kanton Zürich³². Sofern Art. 981/2 OR auch für die Pfandtitel des ZGB Geltung beanspruchen kann, verstossen abweichende kantonale Gerichtstandsvorschriften offensichtlich gegen Bundesrecht. Im gegenteiligen Fall hat auch interkantonal der Richter der gelegenen Sache als zuständig zu gelten, da die Amortisation des Schuldbriefs oder der Gült das Pfandrecht am Grundstück berührt.

³² Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. April 1913 § 416.

Das Obergericht des Kantons Zürich hat die Amortisation am Ort der gelegenen Sache als zulässig erklärt³³. Es ging dabei von der Erwägung aus, bei Pfandtiteln stehe das dingliche Recht im Vordergrund. Der Begriff Pfandtitel umfasse ja auch die Gült, bei der es keinen persönlich haftenden Schuldner gebe, so dass der Wohnsitz des Schuldners für den Gerichtsstand keine entscheidende Rolle spielen könne. Die Verweisung des Art. 870/2 ZGB gelte daher nicht für die Gerichtsstandsvorschrift des Art. 981/2 OR, so dass interkantonal der Richter der gelegenen Sache zuständig sei, Pfandtitel zu amortisieren³⁴.

Die Berechtigung dieser Auffassung ergibt sich auch aus dem Zweck des Amortisationsverfahrens: Die Kraftloserklärung soll derart durchgeführt werden, dass der eventuelle Inhaber des Papiers die grösstmögliche Chance erhält, seinen Anspruch zu wahren. Daher ist der Richter am Wohnort des Schuldners zuständig und nicht etwa am Wohnort des Verlierers oder gar am Ort, wo das Papier verloren ging. Bei Pfandtiteln wird nun aber der Inhaber Auskündigungen, die am Ort der gelegenen Sache erfolgen, eher Aufmerksamkeit schenken, als solchen am Wohnort des Schuldners. Vielleicht weiss er nicht einmal, wo der Schuldner wohnt, da es sich um Bringschulden handelt und zudem ein eventueller Schuldnerwechsel auf dem Titel nicht verkundet zu sein braucht. Der Wortlaut des Art. 870/2 ZGB ist allerdings eindeutig. Mit diesem Verweis ist aber doch wohl nur gemeint, die Vorschriften des OR sollen Anwendung finden, soweit Spezialnormen benötigt werden. Nach einer speziellen Gerichtsstandsvorschrift besteht jedoch kein Bedarf, da grundsätzlich bei dinglichen Rechten an Grundstücken die Behörde der gelegenen Sache als zuständig gilt.

Im Gegensatz zum Schuldbrief ist die IOG am Wohnort des Schuldners zu amortisieren. Zwar wäre es für den Gläubiger auch zweckmässiger, wenn die Amortisation am Ort der gelegenen Sache stattfände. Zwischen Obligation und Pfandrecht besteht jedoch kein genügend enger Zusammenhang, um eine Abweichung vom Grundsatz des Art. 981/2 OR zu rechtfertigen: Der Inhalt des Pfandrechts geht nicht aus dem Titel, sondern einzig und allein aus dem Grundbuch hervor. Die Kraftloserklärung kann daher keinen Einfluss auf das Pfandrecht, resp. auf die Verantwortlichkeit des Kantons, ausüben. Zudem gilt für dieses Papier ausschliesslich Art. 981/2 OR und

³³ BIZR Bd. 43, S. 53.

³⁴ vgl. auch ZBGR Bd. 23, S. 224, Nr. 97 und S. 231, Nr. 102.

nicht 870 ZGB. Diese Bestimmung ist aber allzu deutlich, als dass eine Abweichung zulässig erscheint.

6. Die Neuausstellung des Schuldbriefs und der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung

Ist ein Titel beschädigt, unleserlich oder unübersichtlich geworden, kann er jedoch noch identifiziert werden, so sind die Voraussetzungen der Amortisation nicht gegeben. Da sich jedoch ein solches Papier für den Umlauf nicht mehr eignet, sieht Art. 64/3 GbV für den Schuldbrief die Möglichkeit einer Neuausstellung vor. Der alte Schuldbrief wird entkräftet und bleibt bei den Grundbuchbelegen. Der neue Titel ist vom Grundbuchverwalter, sowie von einer zweiten Amtsstelle zu unterzeichnen, während sich die Unterschrift des Schuldners erübrigt³⁵.

Für die IOG besteht kein solches Verfahren. Der Gläubiger hat jedoch das Recht, eine Kopie auszustellen und diese an Stelle der IOG weiterzugeben³⁶. Der Schuldner braucht aber nur gegen Herausgabe der IOG zu bezahlen. Der Erwerber der Kopie muss daher die Möglichkeit besitzen, sich die IOG bei Bedarf zu beschaffen³⁷.

7. Der Treuhänder

Art. 860 ZGB sieht für den Schuldbrief und die Gült die Möglichkeit vor, einen Treuhänder zu bestellen, der die Rechte des Gläubigers wie des Schuldners mit aller Unparteilichkeit zu wahren hat. Er ist befugt, Zahlungen zu leisten und zu empfangen, Mitteilungen des Grundbuchverwalters entgegenzunehmen, Pfandentlassungen zu bewilligen etc.³⁸. Der Name des Stellvertreters wird im Grundbuch und im Pfandtitel angemerkt. Für den gewöhnlichen Schuldbrief hat diese Institution praktisch keine Bedeutung. Die Vorschrift des Art. 860 ZGB gilt aber auch noch für die grundpfändlich gesicherten Anleihen der Art. 875, Ziff. 1 und 876 ZGB.

³⁵ ZBGR Bd. 15, S. 34, Nr. 12 u. S. 36, Nr. 14; Bd. 24, S. 301, Nr. 140.

³⁶ Beim Schuldbrief genügt eine solche Kopie nicht: ZBGR Bd. 26, S. 277.

³⁷ Die Kopie birgt für den Erwerber erhebliche Gefahren in sich. Ihr Aussteller haftet aber dafür, dass das Original am bezeichneten Ort zur Verfügung des Erwerbers der Kopie steht (vgl. Grünhut: 31, Bd. II, S. 363).

³⁸ Leemann: 60, Art. 860 N 30 ff.

Auf die IOG findet Art. 860 ZGB keine Anwendung³⁹. Selbstverständlich steht es den Parteien frei, einen Stellvertreter zu ernennen und ihn mit den in Art. 860 ZGB vorgesehenen Vollmachten auszustatten. Dieser wird aber nicht, wie der Treuhänder des Art. 860 ZGB, im Grundbuch angemerkt, sondern höchstens ins Gläubigerverzeichnis eingetragen. Erfolgt seine Ernennung nur im Pfandvertrag, resp. bei einseitiger Errichtung in der schriftlichen oder öffentlich beurkundeten Anmeldung der Grundpfandverschreibung, so bezieht sich seine Vollmacht ausschliesslich auf das Pfandrecht. Die Vertretungsbefugnis bezüglich der Forderung muss auf dem Titel eingeräumt werden.

³⁹ Leemann: 60, Art. 860 N 8/9.

V. Kapitel

Der Erwerb von Rechten am Inhaberschuldbrief und an der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung

1. Die Abtretung

a) Die Begebung

Begebung nennt man die Verfügung des Ausstellers über das Papier in der Absicht, die Rechte aus demselben zu übertragen¹. Damit erwacht die bisher ruhende Forderung und es entsteht ein eigentliches Schuldverhältnis zwischen Schuldner, sofern er nicht bloss Bezogener ist, und Nehmer des Papiers. Beim Schuldbrief wird nun allerdings der Gläubiger schon mit dem Eintrag ins Grundbuch berechtigt. Seine Errichtung schliesst also seine Begebung bereits in sich. Eine gesonderte Begebung des Schuldbriefs erfolgt nur dann, wenn er einseitig errichtet worden ist, was beim Inhaberschuldbrief die Regel bildet. Wenn wir daher im folgenden von Errichtung des Schuldbriefes sprechen, so ist damit gleichzeitig auch seine Begebung gemeint.

Art. 855/1 ZGB bestimmt, dass mit der Errichtung des Schuldbriefs das Schuldverhältnis, das der Errichtung zugrunde liegt, durch Neuerung getilgt wird. Man ist sich darüber einig, dass damit gesagt sein soll, die Errichtung des Schuldbriefs erfolge an Zahlungsstatt und nicht zahlungshalber². Der Gläubiger kann also nicht mehr auf die Kausalforderung zurückgreifen. Sie ist getilgt und ihre Nebenrechte sind erloschen.

¹ vgl. Ulmer: 99, S. 39.

² Gautschi: 28, S. 173; Leemann: 60, Art. 855 N 3; Wieland: 105, Art. 855, Ziff. 1, S. 388.

Uneinigkeit besteht jedoch darüber, ob diese Bestimmung auch die Einreden des Schuldners berühre. Die einen Autoren möchten dem Schuldner alle Einreden aus der Grundobligation offen lassen, während die andern diese Einreden nicht anerkennen wollen. Zu den erstern gehört insbesondere Wieland, der die Auffassung vertritt, alle aus dem unterliegenden Verhältnis fliessenden Einreden seien dem unmittelbaren Gläubiger gegenüber zulässig³. Anderer Meinung ist Schnyder von Wartensee, der sich dabei auf den Begriff der Novation stützt⁴.

Die beiden Auffassungen laufen allerdings auf beinahe dasselbe Resultat hinaus. Einreden aus der Gewährleistung des Verkäufers stehen z. B. dem Schuldner unter allen Umständen zu, da höchstens die Forderung und nicht das ganze Schuldverhältnis noviert wird⁵. Leidet die Kausalobligation unter Willensmängeln, so wird für die Novation dasselbe zutreffen. Ist sie verjährt, so muss die Errichtung des Schuldbriefs als Verzicht auf die Einrede der Verjährung gelten. Die Einrede, es handle sich um eine Forderung aus Spiel und Wette, kann der Schuldner gemäss Art. 514 OR stets geltend machen. Bei einer sittlichen Pflicht besteht die Möglichkeit, ihre Erfüllung rechtswirksam zu versprechen⁶. Liegt Nichtigkeit der Kausalforderung vor, so soll nach gewissen Autoren die Novation nur wegen Willensmängeln anfechtbar sein⁷. Richtiger ist es jedoch, auch wenn man Einreden aus der Grundforderung nicht zulässt, Nichtigkeit der Schuldbriefforderung anzunehmen: Mangels einer causa ist die Novation gar nicht zustande gekommen. Verschiedene Lösungen ergeben sich hingegen z. B. bezüglich der Einrede des nichterfüllten Vertrages gemäss Art. 32 OR, die bei strikter Interpretation des Novationsbegriffes ausgeschlossen ist⁸. Auch bei der Uebervorteilung gelangt man unter Umständen zu verschiedenen Resultaten.

Wir sind mit Wieland der Ansicht, dass dem Schuldner gegenüber dem unmittelbaren Gläubiger sämtliche Einreden aus dem Grundverhältnis zustehen; denn wir sehen nicht ein, warum ihm die paar wenigen, aber legitimen Einreden, auf die sich der Streit der Meinungen schlussendlich reduziert, verweigert werden sollen. Der Sinn des Art. 855 ZGB steht dieser Auffassung nicht entgegen. Er liegt wohl

³ Wieland: 105, Art. 855, Ziff. 1, S. 389 und Art. 872, Ziff. 3, S. 421; gl. M. Leemann: 60, Art. 855 N 8.

⁴ Schnyder von Wartensee: 86, S. 64 und S. 68 ff.

⁵ Schnyder von Wartensee: 86, S. 98; Leemann: 60, Art. 855 N 8.

⁶ von Tuhr-Siegwart: 97, Bd. 1, S. 31.

⁷ Gautschi: 28, S. 188; Leemann: 60, Art. 855 N 11; Trümpi: 94, S. 10.

⁸ von Tuhr-Siegwart: 97, Bd. 2, S. 623.

nicht darin, die Zirkulationsfähigkeit der Pfandtitel zu steigern, wie Leemann annimmt⁹. Darauf hat diese Bestimmung gar keinen Einfluss, wie der Wechsel beweist. Eher zutreffend ist die Ansicht Wielands, der Gesetzgeber habe den Schuldner davor schützen wollen, vorerst aus dem Grundverhältnis und nachher aus dem Schuldbrief zahlen zu müssen¹⁰. Zu diesem Zweck genügt es jedoch, wenn die Begebung des Schuldbriefs an Zahlungsstatt erfolgt. Möglicherweise ging es dem Gesetzgeber auch nur darum, klare Verhältnisse zu schaffen¹¹. In diesem Fall hatte er aber doch wohl in erster Linie die Lösung der Frage — Uebergang zahlungshalber oder an Zahlungsstatt — im Auge, sonst hätte die Vermutung des Art. 116/2 OR, welche gegen eine Novation spricht, dieselben Dienste geleistet.

Mit dieser Lösung befinden wir uns auch mit den allgemeinen Regeln des Wertpapierrechts in Uebereinstimmung; denn bei Forderungspapieren ist der Schuldner dem ersten Nehmer gegenüber grundsätzlich befugt, das Grundverhältnis aufzudecken und sich einredeweise auf etwaige Mängel desselben zu berufen¹².

Die Auffassung, die Novation des Art. 855 ZGB sei eine Novation sensu stricto, widerspricht übrigens der Ansicht des Bundesgerichtes über die Errichtung des Schuldbriefes. Dieses steht auf dem Boden der Kreationstheorie und vertritt den Standpunkt, dass bei einseitiger Errichtung des Schuldbriefs, Pfandrecht und Forderung mit dem Eintrag ins Grundbuch zur Entstehung gelangen¹³. In diesem Fall kann die spätere Begebung eines solchen Schuldbriefes nicht mehr als Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen aufgefasst werden, da ja die «neue Schuld» schon vorher bestand. Es ist zuzugeben, dass sich die Kreationstheorie heute kaum mehr integral aufrechterhalten lässt. Mit dem Eintrag des Schuldbriefs, resp. bei andern Papieren mit deren Ausstellung, entsteht wohl bereits ein Rechtsverhältnis. Die subjektive Schuldpflicht kommt jedoch erst mit dem Erwerb des Wertpapiers durch einen Dritten zur Entstehung. Man kann mit Ulmer¹⁴ annehmen, dass ein mehrstufiges Rechtsgeschäft vorliegt: Einerseits die Ausstellung des Papiers, resp. die Errichtung des Schuldbriefes, d. i. ein einseitiger, nicht empfangsbedürftiger Verpflichtungsakt, wobei die Verpflichtung unter dem Vor-

⁹ Leemann: 60, Art. 855 N 1.

¹⁰ Wieland: 105, Art. 855, Ziff. 1., S. 389.

¹¹ Schnyder von Wartensee: 86, S. 66.

¹² Ulmer: 99, S. 62.

¹³ BGE 44/2/250, 62/3/114, 65/3/35.

¹⁴ Ulmer: 99, S. 38 ff.

behalt der Begebung erfolgt¹⁵. Andererseits die Begebung, welche die Schuldschöpfung vollendet. Schweizer hat nicht Unrecht, wenn er meint, die Annahme einer Forderung an sich selbst sei eine Fiktion, «wonach es in bestimmten Beziehungen gehalten werden soll, als ob eine Forderung bestünde»¹⁶. Allerdings, eine Fiktion scheint uns nicht vorzuliegen. Es handelt sich um ein spezielles Rechtsverhältnis, welches die Wirkungen äussert, die das positive Recht daran knüpft. Man bezeichnet es als ruhende Forderung, muss sich dabei aber bewusst bleiben, dass eine solche nicht mit einer Forderung identisch ist.

Art. 855/2 ZGB gestattet den Ausschluss der Novation. Wirkungen soll er aber nur unter den Parteien, sowie bösgläubigen Dritten gegenüber besitzen. Nach den obigen Ausführungen bedeutet eine solche Abmachung, dass die Errichtung des Schuldbriefs zahlungshalber erfolgt. Dem Gläubiger steht also die Möglichkeit offen, auf die Grundforderung zurückzugreifen. Denkbar ist z. B. die Abmachung, dass der Gläubiger nur unter bestimmten Bedingungen den Schuldbrief geltend machen soll, wie bei unpünktlicher Bezahlung der alten Schuld¹⁷. Dem gutgläubigen Erwerber gegenüber äussert eine solche Verabredung keine Wirkung.

Die Vermutung, die Errichtung des Schuldbriefs erfolge an Zahlungsstatt, gilt nicht analog für andere Wertpapiere. Beim Wechsel wird im Gegenteil vermutet, er werde zahlungshalber begeben. Wie steht es bei der IOG? Das Gesetz stellt für dieses Papier keine Vermutung auf¹⁸ und es ist daher der Wille der Parteien festzustellen. Diese werden im allgemeinen bestrebt sein, ein dem Schuldbrief möglichst ähnliches Papier zu schaffen, so dass im Zweifel Hingabe an Zahlungsstatt zu vermuten ist.

b) Die Weiterübertragung

Inhaberschuldbrief und IOG werden in derselben Weise weiter übertragen: Durch blosser Uebergabe des Papiers in der Absicht, die aus ihm hervorgehenden Rechte zu übertragen. Im Gegensatz zur

¹⁵ Wir sind uns bewusst, dass mit der Errichtung des Schuldbriefes neben der Forderung auch ein Pfandrecht an eigener Sache begründet wird. Doch erübrigt es sich in diesem Zusammenhang, auf das Problem der beschränkten dinglichen Rechte an eigener Sache einzugehen.

¹⁶ Schweizer: 89, S. 89.

¹⁷ Wieland: 105, Art. 855, Ziff. 2, S. 390.

¹⁸ Eine solche Vermutung könnte höchstens Art. 116 OR entnommen werden. Doch handelt es sich hier nicht um die Frage, ob eine Novation i. S. dieses Artikels vorliegt.

Zession¹⁹ ist die Weiterübertragung ein kausales Verfügungsgeschäft, d. h. ihr Bestand hängt von der Gültigkeit des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ab. Die abstrakte Gestaltung der Zession dient dem Schutz von Schuldner und Dritterwerber. Beim Inhaberpapier sind dieselben durch die Legitimationskraft des Titels bereits genügend gesichert.

Mit der Forderung wird auch der laufende Zins übertragen. Was den rückständigen Zins anbetrifft, so geht die Meinung gewisser Autoren wenigstens in Bezug auf den Schuldbrief dahin, er sei im Wertpapier nicht verkörpert und seine Uebertragung erfolge vermittels Zession²⁰. Wir sind anderer Auffassung. Allerdings geht die Höhe der rückständigen Zinsen aus dem Titel nicht hervor. Das schliesst aber nicht aus, dass die Verfügung über den rückständigen Zins, sowie auch über die rückständigen Annuitäten, an die Verfügung über den Titel geknüpft ist, mit andern Worten, dass diese Beträge im Titel wertpapiermässig verkörpert sind.

Unsere Auffassung stützt sich auf die Ueberlegung, dass zur Geltendmachung der rückständigen Zinsen der Besitz des Papiers notwendig ist, braucht doch der Schuldner nur an den Vorweiser des Papiers zu bezahlen. Die Uebertragung des rückständigen Zinses ohne gleichzeitige Uebertragung des Papiers ist daher praktisch ausgeschlossen: Um seine Forderung geltend machen zu können, müsste sich der Zessionar das Papier allenfalls beschaffen. Ist aber das Papier bereits weiterbegeben worden, so wäre der Erwerber ohne besondere Abmachung nicht verpflichtet, es dem Gläubiger der Zinsforderung auszuhändigen. Angenommen der Erwerber habe sich dazu verpflichtet, so könnte er immer noch die Gültigkeit der Zession bestreiten. Der Zessionar hätte dann zu beweisen, dass der Zedent im Zeitpunkt der Zession Inhaber des Papiers war — ein unter Umständen schwieriger Beweis, da der Titel darüber schweigt.

Die Auffassung, dass der Titel auch rückständige Zinsen und Annuitäten verkörpert, wird durch die Rechtsprechung²¹ bestätigt. Das Bundesgericht hat entschieden, dass der Grundstückeigentümer, der einen Eigentümerschuldbrief verpfändet, die rückständigen und die zukünftig anfallenden Zinsen mitverpfänden kann. Eine solche Verpfändung ist nur denkbar, wenn der Schuldbrief diesen Zins verkörpert. Im gegenteiligen Fall könnte eine Zinsforderung gar nicht

¹⁹ Becker: 5, Art. 164 N 1—3; Oser-Schönenberger: 72, Bd. I, Vorb. zu Art. 164—174, N 3.

²⁰ Becker: 5, Vorb. zu Art. 164—174 N 23; Leemann: 60, Art. 865/6, N 21; Bl ZR Bd. 4, Nr. 17.

²¹ BGE 44/2/253.

entstehen oder sie würde doch gleichzeitig mit ihrer Entstehung infolge Vereinigung erlöschen.

Nach unserer Ansicht gehen also die rückständigen Zinsen bei der Uebertragung des Papiers ohne weiteres auf dessen Erwerber über, wobei die Uebertragung nach den für die Inhaberpapiere geltenden Regeln erfolgt. Es gilt somit der Einredeausschluss gemäss Art. 979/2 OR. Für den Schuldner ist diese Lösung nicht unbillig, hat er doch mit der Ausstellung des Papiers dieser Einredebeschränkung zugestimmt.

Da die teilweise Abtretung der im Wertpapier verkörperten Rechte ausgeschlossen ist²², können auch die rückständigen Zinsen nicht selbständig übertragen werden. Hingegen besteht die Möglichkeit, den Titel fiduziarisch abzutreten und den Erwerber zu verpflichten, ihn nach Einkassierung der Zinsen wieder zurückzugeben. Selbstverständlich ist auch die Erteilung eines Inkassomandates bezüglich der Zinsen gestattet.

2. Die Verpfändung

Auch bezüglich der Verpfändung bestehen zwischen IOG und Inhaberschuldbrief keine Unterschiede. Wir können uns daher kurz fassen.

Zur Verpfändung eines Inhaberpapiers genügt gemäss Art. 901 ZGB die blossе Uebergabe des Titels. Der Pfandvertrag kann also mündlich geschlossen werden²³. Seiner schriftlichen Abfassung steht natürlich nichts im Wege; die Uebergabe des Titels wird jedoch deshalb nicht überflüssig. Gemäss Art. 904 ZGB erstreckt sich das Pfandrecht auch auf den laufenden Zins, soweit keine Zinscoupons bestehen. Darunter ist in Analogie zu Art. 892 ZGB der im Zeitpunkt der Pfandverwertung laufende Zins zu verstehen. Auf diesem Standpunkt steht auf alle Fälle das Bundesgericht²⁴, welches erklärt hat, es gelte auch hier das allgemeine Prinzip, wonach im Zweifel der Bezug der Früchte dem Eigentümer der Pfandsache verbleibe. Nach u. A. wäre es allerdings zweckmässiger gewesen, das Pfandrecht auf sämtliche während der Dauer der Verpfändung anfallenden Zinse auszudehnen,

²² vgl. Dörig: 19, S. 136.

²³ Auch in diesem Fall wird der Pfandvertrag ausserhalb des Papiers abgeschlossen. Schnyder von Wartensee (86, S. 99) hat daher unrecht, wenn er von der «Verpfändung von Pfandtiteln durch Pfandvertrag ausserhalb des Papiers» als spezieller Verpfändungsart eines *Inhaberpapiers* spricht.

²⁴ BGE 41/3/455 ff.; vgl. Leemann: 60, Art. 904, N 10.

da der Faustpfandschuldner ohne Titel die Zinsen doch nicht einkassieren kann.

Gegenüber dem Titelschuldner ist der Faustpfandgläubiger legitimiert, Zinsen, Annuitäten und Kapitalzahlungen einzutreiben. Dazu berechtigt ist er jedoch nur, wenn er vom Faustpfandschuldner eine entsprechende Vollmacht erhalten hat. Der Titelschuldner darf daher, sofern er das Faustpfandverhältnis kennt und es auch liquide beweisen kann, nur beim Vorliegen einer solchen Vollmacht an den Faustpfandgläubiger zahlen. Allerdings ist er auch nicht ohne weiteres berechtigt, eventuelle Annuitäten oder das Kapital dem Faustpfandschuldner auszuhändigen. Dazu benötigt er die Einwilligung des Faustpfandgläubigers²⁵.

Die Verpfändung von Schuldbriefen durch den Eigentümer des verpfändeten Grundstücks selbst wird von der Gerichtspraxis zugelassen²⁶. Sie hat sich insbesondere zur Sicherung von Kontokorrentguthaben bewährt. Die Bevorschussung von Schuldbriefen besitzt u. a. für den Gläubiger den Vorteil, dass Zinsfussbeschränkungen gemäss Art. 795/2 ZGB darauf keine Anwendung finden. Für den Titelschuldner allerdings, der den eigenen Schuldbrief verpfändet, besteht die Gefahr, dass seine Schulden unter Umständen erheblich anwachsen, ohne dass er eine entsprechende Gegenleistung erhält²⁷. Kommt es zur Verwertung, so wird er sowohl dem Faustpfandgläubiger für den Pfandausfall als auch dem Erwerber des Titels für die Schuldbriefforderung haftbar.

Ueber die juristische Konstruktion der Verpfändung von «Eigentümerschuldbriefen»²⁸ wurde bis heute schon viel geschrieben und wir dürfen es uns ersparen, auf dieses Sondergebiet des Grundpfandrechts näher einzugehen. Nach unserer Auffassung bildet die Verpfändung solcher Titel ein der Begebung ähnliches Rechtsgeschäft, wobei sich der Schuldner verpflichtet, dem eventuellen Ersteigerer aus dem Titel zu haften. Es entsteht eine bedingte Verpflichtung. Die Bedingung wird mit dem Zuschlag des Titels an den Ersteigerer erfüllt.

Genau gleich wie der Eigentümerschuldbrief verkörpert auch die in Händen des schuldnerischen Eigentümers sich befindliche IOG eine einseitige Verpflichtungserklärung des Schuldners und ein

²⁵ Art. 906 ZGB; BGE 45/2/254; ZBGR Bd. 24, S. 247, Nr. 86.

²⁶ BGE 41/3/224, 44/2/250, 64/2/415, 71/2/265. Dabei gilt der laufende Zins als mitverpfändet: BGE 51/2/153; ZBGR Bd. 18, S. 101.

²⁷ vgl. Beispiele bei Guisan: 36, S. 202 ff.

²⁸ Wenn wir im weiteren von Eigentümerschuldbriefen sprechen, so verstehen wir darunter auch die in Händen des Eigentümers sich befindlichen Inhaberschuldbriefe.

Pfandrecht an eigener Sache. Wird daher die Verpfändung eines Eigentümerschuldbriefes zugelassen, so muss auch in einer solchen IOG ein zur Verpfändung geeignetes Objekt erblickt werden. Zweifel darüber können umso weniger bestehen, als das Bundesgericht auch die Verpfändung gewöhnlicher Obligationen durch den Titelschuldner als zulässig betrachtet²⁹, die Verpfändung von Schuldbriefen durch den Titelschuldner also nur den Anwendungsfall einer allgemeinen Regel bildet.

Anstatt den Eigentübertitel zu verpfänden, kann ihn der Schuldner auch fiduziarisch und zahlungshalber abtreten und abmachen, der Gläubiger dürfe erst auf die Schuldbriefforderung greifen, wenn er, der Schuldner, seinen Verpflichtungen aus dem Grundverhältnis nicht nachkomme. Für den Schuldner entstehen daraus keine besonderen Gefahren, kann er doch in einem etwaigen Konkurs des Gläubigers gemäss Art. 201 SchKG Aussonderung des Titels verlangen. Andererseits muss er nicht mit einer seinen Interessen abträglichen Faustpfandverwertung rechnen.

3. Der gutgläubige Erwerb

Gemäss Art. 935 ZGB kann ein Inhaberpapier dem gutgläubigen Erwerber nicht abgefordert werden. Der Gutgläubige erwirbt also den Titel auch dann, wenn der Veräusserer nicht berechtigt war, darüber zu verfügen. Geschützt wird sowohl der Erwerb zu Eigentum, als auch derjenige zu Pfand, Retention und Nutzniessung³⁰. Gutgläubig ist der Erwerber, wenn er weder wusste, noch bei Anwendung der durch die Umstände gebotenen Sorgfalt wissen musste, dass der Veräusserer kein Verfügungsrecht über das Papier besass.

Der gutgläubige Erwerb vermag aber nicht nur Mängel des Erwerbsgeschäftes, sondern auch solche des erworbenen Rechts zu beheben. Für den Schuldbrief gelten in dieser Beziehung die Art. 866 und 872 ZGB. Art. 866 ZGB bestimmt, dass der Titel für jedermann zu Recht besteht, der sich in gutem Glauben darauf verlassen hat. Art. 872 ZGB regelt die Einreden des Schuldners. Er besagt, der Schuldner könne solche Einreden geltend machen, die sich entweder auf den Eintrag oder auf die Urkunde beziehen, oder die ihm persönlich gegen den ihn belangenden Gläubiger zustehen. Etwas undeutlich ist der Ausdruck: Einreden, die sich «auf die Urkunde beziehen», beziehen sich doch schlussendlich alle Einreden gegen das Recht auf

²⁹ BGE 38/2/160.

³⁰ Art. 714/2, 746/2, 884/2 und 895/3 ZGB und Art. 273 OR.

die Urkunde. Damit sollen wohl dem Schuldner sämtliche Einreden, die in Art. 866 ZGB im Zusammenhang mit den Voraussetzungen und Wirkungen des gutgläubigen Erwerbs näher umschrieben sind, offengehalten werden.

Als Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs nennt Art. 866 ZGB die formrichtige Ausstellung des Pfandtitels. Formmängel kann der Schuldner unbeschränkt geltend machen. Solche liegen z. B. vor, wenn der Titel nicht den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt aufweist³¹. Aber auch Fälschungen von Text und Unterschrift gehören dazu.

Des weitern bestimmt dieser Artikel, der Schuldbrief werde seinem Wortlaut gemäss erworben. Einreden, die sich aus dem Wortlaut der Urkunde ergeben, darf also der Schuldner jedem Erwerber entgegenhalten. Letzterer hat stets auf den gesamten Schuldbriefetenor abzustellen. Sieht z. B. der Titel Abzahlungen vor, so muss der Erwerber annehmen, die fälligen Beträge seien bezahlt worden und die Forderung habe sich dementsprechend vermindert. Nur die letzte Rate gilt solange als unbezahlt, als der Titel kursiert³². Eine Kontroverse besteht darüber, ob der Schuldner auch die Einrede besitzen soll, der Eigentümer sei im Zeitpunkt der Errichtung des Schuldbriefs nicht handlungsfähig gewesen. Nun erwirbt aber im Rahmen von Art. 973 ZGB der gutgläubige Dritte dingliche Rechte an Grundstücken auch dann, wenn der Eigentümer im Zeitpunkt ihrer Errichtung nicht handlungsfähig war. Er hat keine Pflicht, die Belege auf ihre Rechtsgültigkeit zu prüfen. Diese haben nur Bedeutung für den Inhalt und den Umfang des Rechts³³. Die Prüfung der Handlungsfähigkeit des Verfügenden obliegt dem Grundbuchverwalter³⁴. Diese Regelung muss auch für den Schuldbrief gelten³⁵, da die Art. 865 und 866 ZGB nicht das Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs einschränken wollen, sondern seine Ausdehnung auf Forderung und Titel bezwecken³⁶. Aus der Vorschrift, der Schuldbrief sei vom Schuldner zu unterzeichnen (Art. 57/3 GbV), lässt sich nichts gegen unsere Auffassung ab-

³¹ vgl. Art. 857 und 858 ZGB und Art. 53 f. GbV; Leemann: 60, Art. 865/6 N 11; Schnyder von Wartensee: 86, S. 81 ff.

³² BGE 55/2/173 ff.

³³ Homberger: 43, Art. 973 N 16; BGE 56/2/175 ff.

³⁴ vgl. Homberger: 43, Art. 965 N 8/9 und 41; ZBGR Bd. 23, S. 73, Nr. 30.

³⁵ Gl. M. Homberger: 43, Art. 973 N 27; Schnyder von Wartensee: 86, S. 79; a. M. Leemann: 60, Art. 872 N 8 (vgl. aber daneben seine Ansicht bezüglich der Grundpfandverschreibung in Art. 835 N 12) und BG in Entscheid 58/2/114, wo das Problem allerdings nur gestreift wird.

³⁶ Leemann: 60, Art. 865/6, N 2; Homberger: 43, Art. 973, N 27; BGE 56/2/176; ZBGR Bd. 18, S. 106.

leiten; denn es handelt sich dabei nur um eine Ordnungsvorschrift und der Schuldbrief ist auch ohne diese Unterschrift perfekt³⁷.

Schlussendlich sind zu den Einreden, die sich unmittelbar auf Art. 866 ZGB stützen, jene zu zählen, die dem Schuldner speziell gegen einen bösgläubigen Erwerber zustehen. Ihm gegenüber kann der Schuldner zusätzlich alle jene Einreden erheben, die sich auf seine unmittelbaren Beziehungen zu einem früheren Inhaber gründen. Der Schuldbriefgläubiger ist in dieser Hinsicht schlechter gestellt, als der Gläubiger eines anderen Inhaberpapiers. Für letztern gilt die allgemeine Regel des Art. 979/2 OR, wonach persönliche Einreden gegen einen früheren Inhaber lediglich dann zulässig sind, wenn der Gläubiger beim Erwerb der Urkunde bewusst und also nicht nur bösgläubig zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat. Oft wird die Ansicht vertreten, diese Vorschrift finde auch auf den Schuldbrief Anwendung³⁸. Wir können uns dieser Auffassung nicht anschliessen, da sie dem Wortlaut der Art. 866 und 872 ZGB widerspricht. Zudem würde damit die Haftbarkeit des Kantons erhöht. Schliesslich führt eine solche Lösung zu unnötigen Komplikationen, da gewisse Einreden gegen frühere Inhaber, wie solche aus der Entstehung des Schuldbriefs, trotzdem auf Grund von Art. 866 ZGB beurteilt werden müssten³⁹.

Bei der IOG unterliegt der Erwerb des Rechts, was seinen Inhalt anbetrifft, etwelchen andern Regeln. Der Erwerb des Pfandrechts wird gemäss Art. 973 ZGB geschützt. Der Schutz ist dabei derselbe, den Art. 866 ZGB dem Erwerber eines Schuldbriefs gewährt, mit der Ausnahme, dass einzig und allein der Inhalt des Grundbucheintrags gilt. Da die Buchungen als bekannt vorausgesetzt werden, erfolgt der gutgläubige Erwerb des Pfandrechts ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber das Grundbuch konsultiert hat oder nicht⁴⁰.

Für den Erwerb der Forderung gilt Art. 979 OR. Der Gläubiger der IOG geniesst eine ähnliche Stellung wie der Schuldbriefgläubiger. Dass die Einredebeschränkung erst bei arglistigem und nicht schon bei bösgläubigem Erwerb dahin fällt, haben wir bereits gesehen. In anderer Beziehung hinwieder ist der Gläubiger der IOG schlechter gestellt als der Schuldbriefgläubiger: Er muss sich sämtliche Einreden, die gegen die Gültigkeit der Urkunde gerichtet sind, entgegen-

³⁷ Leemann: 60, Art. 857 N 9.

³⁸ Leemann: 60, Art. 872 N 16; Schnyder von Wartensee: 86, S. 100; BGE 70/2/154 ff.

³⁹ Leemann unterscheidet z. B. nicht ganz glücklich zwischen Mängeln, die dem Recht des Vorgängers entgegenstanden und Einreden aus der Person des Vormannes (Leemann: 60, Art. 865/6 N 14).

⁴⁰ Homberger: 43, Art. 973 N 15.

halten lassen. Dazu gehört insbesondere auch die Einrede der mangelnden Handlungsfähigkeit des Ausstellers im Zeitpunkt der Ausstellung des Papiers. Die Ausstellung qualifiziert sich als Verpflichtungsgeschäft, zu dessen Vornahme es der Handlungsfähigkeit bedarf. Selbstverständlich kann der Aussteller, sobald er handlungsfähig wird, die Obligation genehmigen. Eine solche Genehmigung liegt z. B. vor, wenn er nach Erlangung der Handlungsfähigkeit das Papier begibt oder wenn er in diesem Zeitpunkt nichts unternimmt, um die ungünstige Obligation aus dem Verkehr zu ziehen⁴¹.

Die Beschränkung der Einreden erfolgt nicht nur beim Erwerb eines Inhaberschuldbriefs oder einer IOG zu Eigentum, sondern auch beim Erwerb zu Pfand. Das Pfandrecht des gutgläubigen, resp. nicht arglistigen Pfandgläubigers erstreckt sich auf die Rechte, wie sie aus dem Papier, bei der IOG auch aus dem Grundbuch, hervorgehen⁴². Ist die Titelschuld während der Dauer des Pfandverhältnisses ganz oder teilweise zu bezahlen, so stehen dem Titelschuldner nur die persönlichen Einreden entweder gegen den Faustpfandgläubiger oder dann gegen den Faustpfandschuldner zu, je nachdem an welchen von beiden er zu bezahlen hat. Können sich die beiden über den Einzug nicht einigen, so hat der Schuldner gemäss Art. 906/3 ZGB den geschuldeten Betrag zu hinterlegen⁴³. Die Pflicht zur Hinterlegung darf aber nicht zu einer Benachteiligung des Schuldners führen. Es muss ihm daher die Möglichkeit eingeräumt werden, später — sobald Faustpfandschuldner und Faustpfandgläubiger auseinandergesetzt sind — allfällige persönliche Einreden geltend zu machen.

Ausgeschlossen ist der gutgläubige Erwerb eines amortisierten Schuldbriefs oder einer amortisierten IOG. Der Zweck der Amortisation liegt ja gerade darin, die Urkunde ihres Wertpapiercharakters zu berauben.

4. Aneignung, Fund und Ersitzung

Die Inhaberpapiere werden in vielen Beziehungen wie Fahrnis behandelt. Man kann sich daher fragen, ob sie auch den Regeln über den Fahrniserwerb durch Aneignung, Fund und Ersitzung unterstehen. Da Inhaberschuldbrief und IOG bezüglich dieser Erwerbsarten gleich zu behandeln sind, können wir uns kurz fassen.

⁴¹ Ulmer: 99, S. 50.

⁴² Leemann: 60, Art. 906 N 26; Schnyder von Wartensee: 86, S. 99; BGE 42/3/278.

⁴³ Leemann: 60, Art. 906 N 24.

Gemäss Art. 718 ZGB wird eine herrenlose Sache dadurch zu Eigentum erworben, dass man sie mit dem Willen, ihr Eigentümer zu werden, in Besitz nimmt. Bei Massenzpapieren, wie Papiergeld und Banknoten, gilt die Aneignung als zulässig. Einzelpapiere jedoch, wie die IOG und der Inhaberschuldbrief darstellen, können nicht auf diese Weise erworben werden. Der Gläubiger, der auf das Eigentum an einem solchen Papier verzichtet, verzichtet damit auch auf die darin verkörperte Forderung. Es verbleibt die einseitige Verpflichtungserklärung des Schuldners, eine sogenannte ruhende Forderung. Es wäre nun dem Schuldner gegenüber unbillig, durch Aneignung die Forderung wieder aufleben zu lassen. Er steht näher zur Sache als irgendein Dritter und das Eigentum am Papier fällt daher mit der Dereliktion an ihn zurück⁴⁴.

Dieselbe Regelung gilt beim Fund einer IOG oder eines Inhaberschuldbriefes, wenn der Eigentümer während 5 Jahren von der Bekanntmachung oder Anzeige an nicht festgestellt werden kann⁴⁵. Der Finder soll aber auch gegenüber dem Schuldner einen Anspruch auf angemessenen Finderlohn besitzen.

Bezüglich der Ersitzung bestimmt Art. 728 ZGB, dass jemand, der eine fremde Sache ununterbrochen und unangefochten während fünf Jahren in gutem Glauben als Eigentum in seinem Besitz hat, ihr Eigentümer wird. Sie ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Erwerb unter Mängeln leidet, z. B. der Veräusserer nicht handlungsfähig war. Auch Wertpapiere können ersessen werden. Die Ersitzung zum Nachteil des Schuldners ist unseres Erachtens allerdings ausgeschlossen, da damit nicht nur Rechte erworben, sondern die Verpflichtung des Schuldners erst geschaffen würde.

⁴⁴ vgl. Jacobi: 53, S. 358; Ulmer: 99, S. 83.

⁴⁵ vgl. Art. 722 ZGB.

VI. Kapitel

Der Untergang von Forderung und Pfandrecht

Vollständig geht das Pfandrecht, beim Schuldbrief auch die Forderung, mit der Löschung des Eintrages im Grundbuch unter. Ausnahmsweise erfolgt der Untergang auch ohne Löschung, so bei der Enteignung, bei vollständigem Untergang des belasteten Grundstücks¹ und unter Umständen auch bei der Zwangsverwertung. In diesem Kapitel geht es uns jedoch weniger um den vollständigen Untergang von Forderung und Pfandrecht, als um den Untergang der Schuldpflicht des Schuldners gegenüber Dritten und des entsprechenden Pfandrechts, d. h. des Pfandrechts an fremder Sache. Wir setzen dabei voraus, dass Schuldner und Grundeigentümer identisch sind.

1. Zahlung

a) Fälligkeit, Zahlungsort und Legitimation des Gläubigers

Die Kantone sind ermächtigt, die Fälligkeit der Schuldbriefe zu regeln². Im Rahmen dieser Vorschriften kann im Schuldbrief eine Kündigungsfrist oder auch ein bestimmter Zahlungstermin³ vorgesehen sein. Fehlt sowohl das eine als auch das andere, so gilt die Regel des Art. 844 ZGB, wonach nur auf je 6 Monate auf die üblichen Zinstage gekündigt werden kann.

Auf die Fälligkeit der IOG haben die Kantone keinen Einfluss. Es gilt auch nicht Art. 844 ZGB, der subsidiär eine 6 monatige Kündigungsfrist festsetzt. Ergibt sich aus dem Titel weder eine Kündigungsfrist, noch ein bestimmter Zahlungstermin, so muss wohl sofortige

¹ Art. 801 ZGB.

² Leemann: 60, Art. 844 N 15.

³ vgl. ZBGR Bd. 24, S. 289, Nr. 109.

Fälligkeit angenommen werden. Diese Regelung gilt zumindest für Orderpapiere gemäss Art. 992/2 und 1097/2 in Verbindung mit 1152/2 OR⁴. Auf die IOG könnte man eventuell auch Art. 318 OR, der eine sechswöchige Kündigungsfrist vorsieht, anwenden. Zwischen Schuldner und Titelgläubiger besteht zumeist eine dem Darlehensverhältnis ganz ähnliche Beziehung. Immerhin dürfte diese sechswöchige Kündigungsfrist nicht unbesehen Anwendung finden. Zwischen erstem Nehmer und Schuldner kann eine andere Abrede getroffen worden sein oder es kann sich eine solche Abrede aus den Umständen ergeben. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn die IOG nur zahlungshalber begeben wurde und der Gläubiger erst aus der IOG vorgehen darf, wenn er für die ursprüngliche Forderung keine Deckung erhalten hat. Unter diesen Umständen wäre ihm die Einhaltung einer sechswöchigen Kündigungsfrist nicht zuzumuten.

Bezüglich des Zahlungsortes sieht Art. 861 ZGB für den Schuldbrief vor, er sei am Wohnort des Gläubigers zu bezahlen. Für die IOG gilt die allgemeine Regel, nach der die Ausstellung eines Wertpapiers die Forderung zu einer Holschuld macht. Zahlungsort ist also bei der IOG der Wohnort des Schuldners. Andere Abreden bleiben in beiden Fällen den Parteien unbenommen. Sie gelten jedoch Dritten gegenüber nur, wenn sie aus dem Papier hervorgehen. Beim Schuldbrief müssen sie zudem ins Grundbuch eingetragen worden sein⁵.

Der Gläubiger, der die Zahlung einkassieren will, muss sich mit dem Papier legitimieren. Der Schuldner ist sowohl berechtigt, als auch verpflichtet, an den Inhaber des Papiers zu leisten und er wird durch Zahlung an ihn befreit⁶. Die Befreiung unterbleibt, wenn ein gerichtliches und polizeiliches Zahlungsverbot gemäss Art. 978/2 OR erlassen wurde. Dasselbe gilt für den Fall, dass der Schuldner arglistig oder grobfahrlässig an den nichtberechtigten Inhaber bezahlt. Blosser Kenntnis von der Nichtberechtigung des Inhabers genügt aber noch nicht, damit Arglist oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Solange der Schuldner keine liquiden Beweise für die mangelnde Berechtigung besitzt, darf er bezahlen: Die Führung eines langwierigen und unsicheren Prozesses kann ihm nicht zugemutet werden⁷.

Eine ungünstigere Stellung nimmt der Schuldner ein, der vor Verfall zahlt; denn gemäss Art. 966/2 OR befreit die Zahlung an den Inhaber des Papiers den Schuldner nur, wenn sie bei oder nach Ver-

⁴ vgl. Dörig: 19, S. 111.

⁵ Leemann: 60, Art. 861 N 8.

⁶ Art. 966/2 OR.

⁷ Jacobi: 53, S. 144; Rupp: 79, S. 33.

fall erfolgt. Zahlt der Schuldner vor Verfall, so tut er es auf eigene Gefahr. Immerhin sollte er dabei nach unserer Auffassung nicht schlechter gestellt werden, wie ein gutgläubiger Erwerber: Ganz abgesehen davon, dass praktisch der Erwerb des Papiers von der Zahlung der Schuld kaum unterschieden werden könnte, wäre es unbillig, vom Schuldner zu verlangen, er müsse die Berechtigung des Titelinhabers sorgfältiger prüfen als der, der das Papier erwerben will. Stellt man bei Zahlung vor Verfall den Schuldner dem gutgläubigen Erwerber gleich, so wird er befreit, wenn er das Fehlen der Berechtigung weder kannte, noch bei Anwendung der durch die Umstände gebotenen Sorgfalt hätte kennen müssen (Art. 933, 935 und 3/2 ZGB).

b) Die Einreden des Schuldners⁸

Man unterscheidet allgemein zwischen den absoluten oder objektiven und den relativen oder persönlichen Einreden. Absolut oder objektiv heissen jene Einreden, die dem Schuldner gegen irgendeinen Gläubiger zustehen. Darunter fallen die Einreden, die gegen die Gültigkeit der Urkunde gerichtet sind und diejenigen, die aus dem Wortlaut des Urkundentextes hervorgehen⁹.

Der Schuldbrief ist ungültig, wenn er nicht den gesetzlichen, die IOG, wenn sie nicht den zur Verkörperung einer Schuldverpflichtung in einem Wertpapier notwendigen¹⁰ Inhalt aufweist. Ungültigkeit liegt ebenfalls vor, wenn der Titel amortisiert wurde, oder wenn Unterschrift oder Text gefälscht worden sind, wobei im letztern Fall das Papier auch nur teilweise ungültig sein kann. Für die IOG im speziellen bildet auch noch die mangelnde Handlungsfähigkeit des Schuldners im Zeitpunkt der Ausstellung einen Ungültigkeitsgrund.

Aus dem Text ergeben sich immer dann Einreden, wenn «ein sichtbarer Widerspruch besteht zwischen dem Inhalt der Urkunde und der ‚Forderung‘ des Präsentanten des Papiers»¹¹. So können z. B. vom Schuldner mangelnde Fälligkeit oder im Papier angemerkte Zahlung, Stundung etc. geltend gemacht werden.

Beim Schuldbrief lassen sich die absoluten Einreden gegen Forderung und Pfandrecht sowohl aus dem Wertpapier, als auch aus dem Grundbucheintrag ableiten. Bei der IOG hingegen beruhen die absoluten Einreden gegen die Forderung ausschliesslich auf dem Wertpa-

⁸ vgl. auch oben Kapitel V Ziff. 3, S. 57 ff.

⁹ Art. 866 und 872 ZGB, Art. 979 OR.

¹⁰ vgl. oben: S. 16 f.

¹¹ Schnyder von Wartensee: 86, S. 84.

pier, die spezifischen Einreden gegen das Pfandrecht einzig und allein auf dem Grundbucheintrag.

Den absoluten Einreden stehen die relativen oder persönlichen gegenüber. Sie rühren aus dem persönlichen Verhältnis zwischen Schuldner und Präsentanten des Papiers her und können nur gerade ihm entgegengehalten werden. Es handelt sich dabei um die Einreden der Verrechnung, der Stundung, des Erlasses, der Zahlung etc., soweit diese Umstände nicht im Papier verkündet sind. Gegenüber dem ersten Nehmer besitzt der Schuldner zudem die Einreden aus dem Kausalverhältnis, sowie aus dem Begebungsvertrag.

Persönliche Einreden, die dem Schuldner gegenüber den Rechtsvorgängern des Gläubigers zustanden, können grundsätzlich nicht erhoben werden. Von dieser Regel gibt es einige Ausnahmen. So gilt diese Einredebeschränkung nicht, wenn das Wertpapier in einer Gesamtnachfolge¹², z. B. im Erbgang, erworben wurde. Ebenso muss sich der bösgläubige, resp. bei der IOG derjenige Erwerber, der den Titel bewusst zum Nachteil des Schuldners erworben hat, Einreden des Schuldners gegen frühere Gläubiger entgegenhalten lassen¹³. Arglistiges Handeln wird in der Regel dann vorliegen, wenn der Gläubiger im Zeitpunkt des Titelerwerbs Kenntnis von den persönlichen Einreden besass, die dem Schuldner gegenüber dem Veräusserer zustanden.

c) Das Recht auf Quittung und auf Herausgabe des Wertpapiers

Sowohl beim Schuldbrief als auch bei der IOG hat der zahlende Schuldner Anspruch auf eine Quittung und auf Herausgabe des Wertpapiers¹⁴. Art. 873 ZGB bestimmt ausserdem, dass dem Schuldner bei vollständiger Bezahlung der Schuldbrief auf Verlangen **u n e n t - k r ä f t e t** herauszugeben ist. Dieser Anspruch steht dem Schuldner nicht nur bei Bezahlung zu, sondern auch bei anderweitiger Tilgung der Schuld, sei es durch Erlass, Vergleich, Verrechnung etc.¹⁵. Wurde der Schuldbrief amortisiert oder ist er unbrauchbar geworden, so kann der Schuldner vom Gläubiger verlangen, dass er auf eigene Kosten einen neuen Titel gemäss Art. 870 ZGB und Art. 64/3 GbV aus-

¹² vgl. ZBGR Bd. 26, S. 300, Nr. 102.

¹³ Art. 866 ZGB, Art. 979/2 OR.

¹⁴ Der Schuldbrief kann unter Umständen auch beim Grundbuchamt zu Händen des Schuldners deponiert werden: ZBGR Bd. 17, S. 232, Ziff. 85.

¹⁵ Leemann: 60, Art. 873 N 3.

fertigen lässt¹⁶. Dasselbe Interesse am unentkräfteten Titel wie der Schuldner eines Schuldbriefes besitzt auch der Schuldner einer IOG. Wird ihm der Titel *q u i t t i e r t* zurückgegeben, so ist damit die Forderung und materiell auch das Grundpfandrecht untergegangen. Um wieder zu einer IOG zu gelangen, muss er also nicht nur einen neuen Titel ausstellen, sondern auch eine neue Grundpfandverschreibung eintragen lassen. Man wird daher auch dem Schuldner einer IOG einen Anspruch auf Herausgabe des *u n e n t k r ä f t e t e n* Titels einräumen müssen. Nach u. A. bringt Art. 873 ZGB eine allgemeine Regel zum Ausdruck, die für alle jene Wertpapiere gilt, an deren unentkräfteter Herausgabe der Schuldner ein Interesse besitzt. Dadurch, dass der Gesetzgeber die Konfusion bei Wertpapieren ausgeschlossen hat, hat er ein Interesse des Schuldners am unentkräfteten Titel geschöpft und es scheint nur folgerichtig, dieses Interesse auch gegenüber dem Gläubiger zu schützen, dessen Sorgfaltspflichten dadurch nicht übermässig erhöht werden.

d) Teilzahlungen

Teilzahlungen braucht der Gläubiger nicht anzunehmen. Erklärt er sich jedoch damit einverstanden, so wird der Schuldner mit Vorteil einen entsprechenden Vermerk auf dem Wertpapier anbringen lassen, ansonst die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs der ganzen Forderung besteht.

Beim Schuldbrief kann eine solche Abzahlung auf zwei Arten auf dem Titel und im Grundbuch in Erscheinung treten. Entweder erfolgt eine Teilentkräftung des Titels verbunden mit einer teilweisen Löschung des Eintrags im Grundbuch, wodurch die Pfandstelle in entsprechendem Umfang befreit wird. Oder aber die Abzahlung wird auf dem Schuldbrief und im Grundbuch nur angemerkt. In diesem Fall besitzt der Schuldner nach erfolgter Restzahlung die Möglichkeit, die Anmerkung sowohl auf dem Titel als auch im Grundbuch streichen und auf dem Titel die Forderungssumme in ihrer ursprünglichen Höhe eintragen zu lassen¹⁷.

Für Teilzahlungen bei der IOG gelten sozusagen dieselben Grundsätze wie beim Schuldbrief. Ein geringfügiger Unterschied besteht immerhin für den Fall, dass die Abzahlung nur angemerkt werden und also eine Teilentkräftung des Titels verbunden mit einer teilweisen Löschung des Grundbucheintrages nicht erfolgt. Hier genügt

¹⁶ Leemann: 60, Art. 873 N 8 und 9.

¹⁷ Bühlmann: 15, S. 195 f.; Leemann: 60, Art. 874 N 8.

es bei der IOG, wenn die Abzahlung lediglich auf dem Papier vermerkt wird. Eine entsprechende Notiz im Grundbuch erübrigt sich, da ein gutgläubiger Erwerb der Forderung gestützt auf das Grundbuch ausgeschlossen ist. In formeller Hinsicht sei noch darauf hingewiesen, dass solche Teilzahlungsvermerke auf der IOG — im Unterschied zu jenen auf dem Schuldbrief — keine Anmerkungen im grundbuchtechnischen Sinne bilden. Sie gehen daher nicht vom Grundbuchverwalter aus und ihre Annullierung erfolgt durch eine diesbezügliche Erklärung des Schuldners (evtl. des Notars) auf dem Papier.

2. Erlass und Verzicht

Sowohl bei der IOG als beim Schuldbrief kann die Forderung durch Erlass untergehen. Der Erlass ist ein formloser Aufhebungsvertrag, also ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Der Gläubiger, der einen solchen Vertrag abschliesst, ist verpflichtet, dem Schuldner das Papier unentkräftet herauszugeben.

Neben dem Erlass kennen wir den Verzicht. Er stellt eine einseitige Willenserklärung dar, durch die insbesondere dingliche Rechte aufgehoben werden¹⁸. Auch auf Rechte, die in Wertpapieren verkörpert sind, kann verzichtet werden, indem man das Papier deriliquiert oder in der Absicht, die darin verbrieften Rechte zu vernichten, zerstört oder unbrauchbar macht. Liegt Deriliktion vor, so geht das Recht am Papier automatisch auf den Schuldner über und ein allfälliger Finder hat es ihm auszuhändigen. Wird der Schuldbrief vernichtet, so bleibt dem Schuldner nur die Möglichkeit, den Gläubiger gemäss Art. 871 ZGB aufrufen zu lassen¹⁹. Bei der IOG steht ihm ein rascheres Mittel zur Verfügung. Sobald die Forderung fällig ist, kann er den geschuldeten Betrag hinterlegen und dem Gläubiger gemäss Art. 823 ZGB einen Beistand ernennen lassen²⁰. Mit Ablauf von 10 Jahren verjährt der Hinterlegungsvertrag und der Schuldner kann die hinterlegte Summe vindizieren, sofern sie individualisiert worden ist²¹.

¹⁸ von Tuhr-Siehwart: 97, Bd. II, S. 616.

¹⁹ Eine Amortisation des Titels durch den Gläubiger ist auf alle Fälle ausgeschlossen, da ihm der Titel nicht abhanden gekommen ist und er ihn auch nicht ohne Tilgungsabsicht vernichtet hat (vgl. Art. 870 ZGB u. Art. 981 OR).

²⁰ vgl. ZBGR Bd. 25, S. 32, Ziff. 13.

²¹ Eine andere Lösung gibt es nicht, da der Eintrag nur mit Einwilligung des Papierinhabers oder auf Grund eines Amortisationsurteils gelöscht werden darf (Homburger: 43, Art. 964 N 13; ZBGR Bd. 5, S. 7 und 10).

Für den Gläubiger besteht aber auch die Möglichkeit, nur auf das Pfandrecht zu verzichten. Bei der IOG erfolgt der Verzicht durch ganze oder teilweise Löschung der Grundpfandverschreibung im Grundbuch. Der Gläubiger ist dazu jederzeit berechtigt. Die Pflicht zur Rückgabe des unentkräfteten Titels bei Bezahlung der Schuld steht diesem Recht nicht entgegen, da ja der Titel bestehen bleibt.

Ein Verzicht auf das Pfandrecht ist ebenfalls beim Schuldbrief möglich. Hier muss aber neben der Löschung des Eintrags im Grundbuch auch der Titel entsprechend entwertet werden²². In diesem Sinn hat das zürcherische Obergericht zu wiederholten Malen entschieden²³. Nach seiner Auffassung ist der Gläubiger zur Rückgabe des unentkräfteten Schuldbriefs nur bei vollständiger Tilgung der Schuld verpflichtet. Vorher besitze er das Recht, jederzeit einseitig auf das Pfandrecht zu verzichten, ungeachtet der Tatsache, dass er damit in die Unmöglichkeit versetzt werde, bei Bezahlung der Schuld den Titel dem Schuldner unversehrt zurückzugeben²⁴. Wir schliessen uns dieser Auffassung an. Ein solcher Titel wird zumeist wertlos sein und somit für den Schuldner kein Interesse besitzen. Möchte jedoch der Gläubiger aus Gefälligkeit für den Schuldner auf das Pfandrecht verzichten, so kann er ihm schliesslich den Titel verkaufen.

3. Hinterlegung

Befindet sich der Gläubiger in Verzug, so ist der Schuldner gemäss Art. 92 OR berechtigt, die geschuldete Sache auf Gefahr und Kosten des Gläubigers am Erfüllungsort zu hinterlegen. Damit wird er befreit und kann nunmehr vom Gläubiger die Herausgabe des Wertpapiers verlangen. Die Hinterlegung ist solange widerrufbar, als der Gläubiger nicht die Annahme erklärt oder das Wertpapier zurückgegeben hat²⁵.

Der Gläubiger gerät in Verzug, wenn er die Annahme der erfüllbaren und gehörig angebotenen Leistung, die Ausstellung einer Quittung oder die Rückgabe des Wertpapiers verweigert. Die Erfüllungbarkeit der Leistung fällt bei Schuldbrief und IOG, sofern sie der Regel gehorchen und verzinslich sind, mit der Fälligkeit zusammen²⁶.

²² Leemann: 60, Art. 863 N 5; a. M. Homberger: 43, Art. 964 N 5.

²³ BIZR Bd. 2, Nr. 3; Bd. 3, Nr. 212; Bd. 34, Nr. 35; Bd. 39, Nr. 126.

²⁴ SJZ Bd. 13, S. 201.

²⁵ Art. 94 OR; Oser-Schönenberger: 72, Bd. 1, Art. 94 N 2; von Tuhr-Siegwart: 97, Bd. II S. 519/20.

²⁶ Oser-Schönenberger: 72, Bd. I., Art. 81 N 3; von Tuhr-Siegwart: 97, Bd. II, S. 490.

Beim Schuldbrief, der eine Bringschuld verkörpert, muss dem Gläubiger die geschuldete Summe an seinem Wohnort angeboten werden. Man spricht von einer Realoblation. Bei Holschulden genügt zur Herbeiführung des Gläubigerverzugs eine blossе Verbaloblation, d. i. die Mitteilung der Zahlungsbereitschaft an den Gläubiger²⁷. Sie erübrigt sich überdies überall dort, wo, wie das in der Regel bei der IOG der Fall ist, ein bestimmter Zahlungstermin verabredet wurde oder sich ein solcher infolge einer Kündigung ergibt²⁸.

Auch beim Schuldbrief bedarf es nicht unter allen Umständen einer Realoblation. Art. 861/2 ZGB gibt dem Schuldner, sofern der Gläubiger den Wohnsitz zu seinem Nachteil verlegt hat, das Recht, sich durch Hinterlegung bei der zuständigen Behörde am eigenen Wohnsitz oder am früheren Wohnsitz des Gläubigers zu befreien. Der Schuldner hat also in diesem Falle die Wahl zwischen zwei Erfüllungsorten. Vor der Hinterlegung muss er dieses Wahlrecht in einer entsprechenden Mitteilung an den Gläubiger ausüben. In Anlehnung an Art. 74/3 OR ist anzunehmen, dass Art. 861/2 ZGB nur Platz greift, wenn dem Schuldner aus der Verlegung des Wohnsitzes eine erhebliche Belästigung erwächst²⁹. Der Verlegung des Wohnsitzes gleichzusetzen ist die mit einem Gläubigerwechsel verbundene Aenderung des Erfüllungsortes, können doch daraus für den Schuldner dieselben Nachteile entstehen.

Ohne weiteres ist dem Schuldner gemäss Art. 96 OR die Hinterlegung gestattet, wenn die Erfüllung aus einem andern in der Person des Gläubigers liegenden Grund³⁰ oder infolge unverschuldeter Ungewissheit über die Person des Gläubigers weder an diesen noch an einen Vertreter geschehen kann. Ort der Hinterlegung ist auch in diesen Fällen der ordentliche Erfüllungsort. Eine Ausnahme sieht Art. 861/2 ZGB vor, der dem Schuldbriefschuldner, welcher den Wohnsitz des Gläubigers nicht kennt, das Recht einräumt, am eigenen Wohnsitz oder am früheren Wohnsitz des Gläubigers zu hinterlegen.

Auch bei unverschuldeter Ungewissheit über die Person des Gläubigers darf die Hinterlegung nicht vor der Erfüllbarkeit der Leistung erfolgen, steht doch die Ungewissheit erst in diesem Moment fest. Der Hinterlegung muss daher eventuell eine Kündigung vorangehen. An wen hat sich aber die Kündigung zu richten, wenn der Gläubiger unbekannt ist? Auf alle Fälle genügt es nicht, wenn die Kündigung

²⁷ Becker: 5, Art. 91 N 15 ff.

²⁸ In analoger Anwendung von Art. 102 OR: Becker: 5, Art. 91 N 17; von Tuhr-Siegwart: 97, Bd. II, S. 509/10.

²⁹ vgl. Leemann: 60, Art. 861 N 4.

³⁰ Er ist z. B. handlungsunfähig und besitzt keinen Vertreter: Becker: 5, Art. 96 N 1.

dem letztbekannten Gläubiger zugestellt wird³¹. Sie muss an den wirklichen Gläubiger erfolgen. Zu diesem Zweck könnte ein Beistand gemäss Art. 823 ZGB ernannt werden. Es genügt aber auch eine öffentliche Auskündigung: Sie ist bei Anleiheobligationen allgemein üblich und bildet auch im öffentlichen Recht den Ersatz der Zustimmung.

Es sei noch kurz auf den Spezialfall der Hinterlegung bei der Nutzniessung und bei der Verpfändung hingewiesen. Hier mag es vorkommen, dass es ungewiss ist, ob der Titelgläubiger oder der Faustpfandgläubiger, resp. der Nutzniesser anspruchsberechtigt ist. In diesem Fall ist der Schuldner gemäss Art. 774 und 906 ZGB zur Hinterlegung der geschuldeten Leistung nicht nur berechtigt, sondern direkt verpflichtet.

Die Hinterlegung befreit wohl den Schuldner; der Eintrag im Grundbuch und damit die Blockierung der Pfandstelle bleiben jedoch bestehen. Der Schuldbriefschuldner vermag die Löschung des Eintrags nur zu erwirken, wenn es ihm gelingt, den Pfandtitel oder ein Amortisationsurteil beizubringen (Art. 864 ZGB). Vorteilhafter gestaltet sich die Lage des Schuldners bei der IOG. Er besitzt die Möglichkeit, einen Beistand gemäss Art. 823 ZGB ernennen zu lassen, der die Löschungsbewilligung erteilen muss. Auf Grund dieser Löschungsbewilligung hat der Grundbuchverwalter den Eintrag zu streichen, da ja der Beistand zur Vertretung des Gläubigers aus der IOG berechtigt ist und die Existenz des Grundpfandes selbst in keiner Weise vom Wertpapier abhängt.

4. Aufrufung des Gläubigers

Wie wir oben (Ziff. 3) gesehen haben, besteht der Eintrag eines Schuldbriefs im Grundbuch solange, als weder der Titel noch ein Amortisationsurteil beigebracht werden kann. Es wäre also denkbar, dass eine Pfandstelle auf unabsehbare Zeit hinaus formell ausgefüllt bliebe. Diesem Uebelstand hilft Art. 871 ZGB ab. Er gibt dem Eigentümer des verpfändeten Grundstücks das Recht, einen Schuldbrief amortisieren zu lassen, wenn der Gläubiger während 10 Jahren unbekannt ist und während dieser Zeit keine Zinse gefordert wurden. Das Verfahren unterliegt den Bestimmungen über die Verschollenenerklärung. Das Urteil ergeht, sofern sich der Gläubiger nicht meldet und sich mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, dass die Forderung

³¹ Gl. M. BGE 40/2/597 f.; a. M. Leemann: 60, Art. 823 N 6 und Wieland: 105, Art. 862, Ziff. 5, S. 407.

nicht mehr zu Recht besteht. Im Unterschied zur gewöhnlichen Amortisation wird in diesem Verfahren nicht nur der Titel kraftlos erklärt, sondern es wird gleichzeitig auch die Pfandstelle frei: Der Eigentümer kann daher nicht die Ausstellung eines Ersatztitels (Art. 53/3 GbV) verlangen³².

Art. 871 ZGB gilt nur für Schuldbrief und Gült. Seine Anwendung auf die IOG liesse sich nicht rechtfertigen. Hier steht dem Schuldner bei Unkenntnis über die Person des Gläubigers die Möglichkeit offen, zu hinterlegen und darauf die Löschung des Eintrags im Grundbuch herbeizuführen.

³² vgl. Leemann: 60, Art. 870 N 22 ff. und 871 N 9; ZBGR Bd. 19, S. 19, Nr. 4.

VII. Kapitel

Die Zwangsvollstreckung

1. Der Schuldnerverzug

Bei der IOG gerät der Schuldner in Verzug, sobald ihm die fällige Obligation an seinem Wohnort präsentiert wird und er die Zahlung verweigert. Beim Inhaberschuldbrief als Bringschuld tritt der Verzug ohne weiteres ein, wenn der Schuldner bei Fälligkeit nicht bezahlt. Dabei besteht eine Kontroverse darüber, ob nur der Ablauf einer vereinbarten Kündigungsfrist gleichzeitig Fälligkeit und Verfall herbeiführe oder ob auch der gesetzlichen Kündigungsfrist des Art. 844 ZGB diese Wirkung zukomme¹. Nach u. A. knüpfen sich an den Ablauf beider Fristen dieselben Folgen. In beiden Fällen weiss ja der Schuldner genau, dass er bis dann und dann bezahlen muss und zudem beruht auch die gesetzliche Kündigungsfrist in einem gewissen Sinn auf Parteiwillen.

Vom Momente des Verzuges an treten an Stelle der verabredeten Zinse Verzugszinse, sofern die ersteren nicht höher sind. Bei Verschulden haftet der Schuldner dem Gläubiger überdies für Schadenersatz. Was die IOG im speziellen betrifft, so findet mit Eintritt des Verzugs eine Umwandlung der Holschuld in eine Bringschuld statt. Zur Aufhebung des Verzuges muss daher der Schuldner dem Gläubiger die Leistung tatsächlich anbieten; eine blossе Verbaloblation genügt nicht².

Erstreckt sich der Verzug auf Zinsen oder Annuitäten, so kann der Gläubiger dem Schuldner eine Nachfrist gemäss Art. 107 OR setzen oder setzen lassen und nach ihrem unbenützten Ablauf vom Vertrag zurücktreten³. Sofortiger Rücktritt ist nur gestattet, wenn der Titel eine Klausel enthält, wonach bei nicht pünktlicher Bezahlung der

¹ Becker: 5, Art. 102 N 34; Oser-Schönenberger: 72, Bd. I, Art. 102 N 25.

² Becker: 5, Art. 102 N 41.

³ Oser-Schönenberger: 72, Bd. II, Art. 318 N 7.

Zinse das Kapital fällig wird. Eine solche Verfallklausel darf aber nicht allzu rigoros interpretiert werden: Zahlungen, die im Verfallmonat erfolgen, haben im Hypothekengeschäft noch als pünktlich zu gelten⁴.

Vollständigkeitshalber sei erwähnt, dass gemäss Art. 831 ZGB die Kündigung einem eventuellen Dritteigentümer zu notifizieren ist. Ihm gegenüber läuft, bildlich ausgedrückt, die Kündigungsfrist erst von diesem Zeitpunkt an, so dass nicht vor Ablauf dieser Frist auf das Pfand gegriffen werden kann. Ueberdies haftet das Pfand nur für die nach Ablauf der Kündigungsfrist entstehenden Verzugszinsen⁵.

2. Betreibung durch den Titелgläubiger

Die Vollstreckung der Titelforderung aus Inhaberschuldbrief und IOG erfolgt auf dem Wege der Betreibung auf Grundpfandverwertung (Art. 41 SchKG). Gegen eine andere Betreibungsart kann sich der Schuldner durch Beschwerde wehren⁶. Dem Gläubiger steht aber die Möglichkeit offen, auf das Grundpfandrecht zu verzichten und den Schuldner, je nach seiner Person, auf Pfändung oder auf Konkurs betreiben zu lassen.

Handelt es sich um Zinsen und Annuitäten, so hat der Gläubiger gemäss Art. 41/2 SchKG die Wahl zwischen der Betreibung auf Grundpfandverwertung und derjenigen auf Pfändung oder Konkurs⁷. Als Annuitäten gelten dabei nur solche Tilgungsraten, «die in Form eines Zinszuschlages zu entrichten und also mit dem Zins zu einer einheitlichen, zumeist gleichbleibenden Summe zusammengefasst sind»⁸.

Mit dem Schuldbrief kann provisorische Rechtsöffnung erwirkt werden ohne Rücksicht darauf, ob mit dem Rechtsvorschlag die Forderung oder das Pfandrecht oder beides zusammen bestritten wird. Dasselbe gilt auch für die IOG. Im Gegensatz zum Schuldbrief verkundet sie allerdings das Grundpfandrecht nicht. Trotzdem hat sie unserer Ansicht nach auch bei der Bestreitung des Pfandrechts als Rechtsöffnungstitel zu gelten, soweit sie mit dem Eintragungsvermerk des Grundbuchverwalters (Art. 825/3 ZGB) versehen ist und der Rich-

⁴ Becker: 5, Art. 102 N 39.

⁵ Leemann: 60, Art. 831 N 3—6.

⁶ BGE 63/3/125 ff.

⁷ Der Gläubiger kann aber nicht auf beide Arten zugleich vorgehen: ZBGR Bd. 16, S. 246, Ziff. 99; BGE 61/3/70.

⁸ BGE 63/3/127.

ter somit die Gewissheit besitzt, dass die Grundpfandverschreibung seinerzeit ins Grundbuch eingetragen wurde.

Gehört das Pfandobjekt einem Dritten, so ist auch diesem Dritteigentümer ein Zahlungsbefehl zuzustellen und es steht ihm offen, Rechtsvorschlag zu erheben⁹. Besondere Komplikationen ergeben sich bei dieser Rechtslage, wenn der Schuldner in Konkurs gerät. In Abweichung zur allgemeinen Regel des Art. 208 SchKG wird die grundpfändlich gesicherte Forderung fällig, und der Titelgläubiger nimmt mit der gesamten Forderung als Kurrentgläubiger im Konkurs teil¹⁰. Gleichzeitig kann er den Schuldner auf Grundpfandverwertung betreiben¹¹. Bis der Erlös dieser Betreibung feststeht, wird die Konkursdividende deponiert; denn der Gläubiger soll gesamthaft nicht mehr als seine Forderung erhalten¹².

Zumeist wird der Pfandeigentümer in die Rechte des Gläubigers in dem Masse subrogieren, als letzterer aus dem Pfand Deckung erhält¹³. Ist das der Fall, so hat der Gläubiger nur für den Betrag des Pfandausfalles Anspruch auf Konkursdividende¹⁴.

3. Betreibung durch den Faustpfandgläubiger

Ist eine Forderung durch einen Schuldbrief oder eine IOG faustpfändlich gesichert, so erfolgt ihre Vollstreckung auf dem Wege der Faustpfandverwertung (Art. 41 SchKG). Es spielt dabei keine Rolle, ob die Kapitalforderung oder nur Zinsen in Betreibung gesetzt werden¹⁵. Vorbehalten bleiben besondere Abreden der Parteien¹⁶.

Eine andere Regelung gilt, wenn der Titel vom Eigentümer des belasteten Grundstücks verpfändet wurde. Der Titel darf unter diesen Umständen nicht mehr verwertet werden, sobald das Grundstück gepfändet worden ist und infolgedessen zur Verwertung gelangt, sowie

⁹ Art. 153/2 SchKG; Leemann: 60, Art. 831 N 5 und 6.

¹⁰ Art. 61/1 KV; Blumenstein: 8, S. 629 und 660; Jäger: 55, Bd. II, Art. 208 N 5a.

¹¹ Art. 89 VZG, BGE 32/1/395.

¹² BGE 33/1/834.

¹³ vgl. Art. 110, Ziff. 1 OR.

¹⁴ Ob und in welchem Umfang eine solche Subrogation stattfindet, hat nicht die Konkursverwaltung zu entscheiden, sondern haben Grundstückeigentümer und Titelgläubiger unter sich auszumachen; Art. 61/2 KV; ZBJV, Bd. 79, S. 383; BGE 54/3/64.

¹⁵ vgl. ZBGR Bd. 20, S. 273, Nr. 93.

¹⁶ Verboten ist der Verfallvertrag: Art. 816/2 und 894 ZGB; vgl. Leemann: 60, Art. 816 N 17 ff.

sobald der Eigentümer in Konkurs geraten ist. In diesen beiden Fällen hat sich der Faustpfandgläubiger gemäss Art. 35/2 und 126 VZG direkt an das Grundstück zu halten. Ins Lastenverzeichnis wird dabei die Forderung, für die der Pfandtitel verpfändet wurde, aufgenommen, maximal jedoch die Titelforderung, eventuell plus Zinsen gemäss Art. 818, Ziff. 3 ZGB¹⁷.

In den Art. 35/2 und 126 VZG ist von Eigentümerpfandtiteln die Rede. Schon ihr Wortlaut deutet darauf hin, dass auch die IOG darunter fällt. Dafür spricht ebenfalls ihr Sinn¹⁸, sind doch die Interessen, die sie schützen sollen, bei der IOG in gleicher Weise wie beim Schuldbrief vorhanden. Der Faustpfandgläubiger wird direkt auf das Grundstück verwiesen, um den Grundstückeigentümer zu entlasten: Bei einer Versteigerung des Titels würde er dem Faustpfandgläubiger für einen allfälligen Pfandausfall und dem Ersteigerer für die Titelforderung haftbar, ohne damit die Verwertung des Grundstücks abwenden zu können. Die weitere Anordnung, es sei höchstens die faustpfändlich gesicherte Forderung ins Lastenverzeichnis aufzunehmen, liegt im Interesse der übrigen Grundpfandgläubiger und lehnt sich an Art. 815 ZGB an¹⁹.

Die Art. 35/2 und 126 VZG gelten nur, sofern der Grundstückseigentümer, der den Titel verpfändet hat, gleichzeitig Titelschuldner ist. Ist das nicht der Fall, so hat stets die Versteigerung des Titels zu erfolgen. Darauf weist Art. 35/1 VZG hin, wo von Pfandtiteln, die sich im Besitz des Schuldners befinden, die Rede ist. Zu dieser Lösung führt aber vor allem auch die Ueberlegung, dass auf das Grundstück erst gegriffen werden darf, wenn der Titelschuldner nicht bezahlt. Kommt der Titelschuldner seinen Verpflichtungen nach, so wäre es den übrigen Grundpfandgläubigern gegenüber unbillig, den Faustpfandgläubiger auf das Grundpfand zu verweisen.

4. Die Pfändung der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung und des Inhaberschuldbriefs

In Händen von Drittgläubigern bilden die IOG und der Inhaberschuldbrief unzweifelhaft pfändbare Vermögensstücke. Zweifel können nur darüber bestehen, ob Titel, die sich in Händen des Wertpapierschuldners selbst befinden, pfändbar sind. Da beide Wertpapier-

¹⁷ Die Zinsen müssen ausdrücklich mitverpfändet worden sein, ansonst die Vermutung des Art. 904/1 ZGB Platz greift: Leemann: 62, S. 66.

¹⁸ Gl. M. Guisan: 36, S. 194.

¹⁹ vgl. ZBGR Bd. 18, S. 249 f.

arten dieselben Rechte verkörpern, nur in verschiedener Weise, sind sie bezüglich der Pfändung gleich zu behandeln.

Nach unserer Auffassung besteht, solange sich der Titel in Händen des Titelschuldners befindet, keine Forderung im eigentlichen Sinn des Wortes. Zur Entstehung der Schuldpflicht bedarf es noch einer Willenserklärung, der Begebung oder Verpfändung, oder dann des gutgläubigen Erwerbs. Mit der Pfändung und der anschliessenden Verwertung wird der Willensakt, der normalerweise zur Perfektion der Forderung notwendig ist, umgangen. Es wird also mit Hilfe der Zwangsvollstreckung eine eigentliche Forderung erst geschaffen. Darin liegt aber nicht das Ziel dieses Verfahrens. Die Pfändung solcher Titel ist daher abzulehnen. Auch Interesseerwägungen sprechen dagegen. Einem Pfändungsbeamten wird es kaum einfallen, eine gewöhnliche Obligation, die sich im Besitz des Titelschuldners befindet, zu pfänden. Bei der Verwertung könnte dafür nur ein minimaler Ertrag erzielt werden, da ja der Kredit des Schuldners unter der Pfändung leiden muss. Das ganze Verfahren käme daher einer Forderungsinflation gleich, an welcher niemand ein schutzwürdiges Interesse besitzt. Bei der IOG und dem Inhaberschuldbrief liegen die Verhältnisse ganz ähnlich mit der einzigen Ausnahme, dass ein Pfandrecht besteht, und deshalb höchst wahrscheinlich ein besserer Erlös erzielt werden kann. Welche Sicherheit aber das Pfand in Tat und Wahrheit bietet, und insbesondere welchen Wert die Interessenten dem Pfande zumessen, ist völlig ungewiss. Der Einwand, dem Schuldner sei mit der Verwertung des Titels besser gedient als mit der Verwertung des Grundstücks, ist nicht stichhaltig. Dem Schuldner bleibt bis zur Pfändung genügend Zeit, um den Titel selbständig zu verwerten. Unterlässt er die Verwertung, so wohl deshalb, weil kein angemessener Erlös erzielbar war.

Die Gerichtspraxis nimmt aber einen andern Standpunkt ein. Die Pfändung von Schuldbriefen, die sich im Besitz des Schuldners befinden, wird als zulässig erklärt. Ausgeschlossen ist sie nur, wenn das Pfandobjekt bereits gepfändet wurde oder wenn es gleichzeitig mit dem Titel gepfändet werden müsste²⁰.

²⁰ vgl. BGE 41/3/266, 62/3/113, 65/3/35; BIZR Bd. 38 Nr. 37.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

1. *Abravanel Gaston*: Le gage immobilier en droit suisse, Diss. Lausanne 1928.
2. *Andermatt Alfred*: Die grundbuchliche Anmeldung nach schweizerischem Recht, Diss. Freiburg 1938.
3. *Avril Maurice*: Les obligations hypothécaires d'ordre et au porteur, Diss. Paris 1929.
4. *Bätschi Josias*: Das Schuldbekenntnis nach Schweizerrecht, Diss. Zürich 1925.
5. *Becker H.*: Kommentar zum Obligationenrecht, I. Abteilung, 2. Auflage, Bern. (Stämpfli) 1941.
6. *Beeler G.*: Die Wertpapiere im schweizerischen Recht, Aarau 1937.
7. *Bloch W.*: Das Grundpfandrecht am Eigentum eines Dritten, Diss. Basel 1935 (MaSchr.).
8. *Blumenstein E.*: Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911/15.
9. *Borlat A.*: Formulaires d'actes hypothécaires avec notes explicatives, Lausanne 1911.
10. *Brodbeck-Düppen-Welti*: Bundesgerichtspraxis zum Zivilgesetzbuch, 2. Bd., 2. Aufl., Zürich 1940/1.
11. *Bruderer H.*: Die Namenpapiere, Diss. Zürich 1944.
12. *Brühlmann Walter*: Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25. Juni 1930, Zürich 1931.
13. *Brunner Heinrich*: Die Wertpapiere, in Endemann: Handbuch des deutschen Handels-, Sec- und Wechselrechts, Bd. II, Leipzig 1882.
14. *Bühlmann Fritz*: Die Verpfändung von Forderungen in Wertpapieren, 1913.
15. *Bühlmann Fritz*: Teilzahlungen bei Grundpfandforderungen, MschrBVR, Bd. 14, S. 193 ff.
16. *Contat Jean*: Wertpapiere und Beweisurkunden des Gesellschaftsrechts, Diss. Bern 1932.
17. *Cudkowicz Ph.*: Das Schweizerische Amortisationsrecht, Zürich 1943.
18. *Deppeler Fritz*: Die Schuldübernahme im schweizerischen Grundpfandrecht, Bern 1925.
19. *Dörig Hugo*: Die Mobilisierung von Schuldanerkennungen, Diss. Zürich 1946.
20. *Dubach W.*: Beiträge z. Recht der Anleihenobligationen, Diss. Zürich 1931.
21. *Dupraz E.*: Titres et papiers-valeurs, Lausanne 1943.
22. *Düringer-Hachenburg*: Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, 1934.
23. *Egger August*: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich (Schulthess) 1930.
24. *Fick F.*: Das schweizerische Obligationenrecht, 2 Bde., Zürich 1911.
25. *Fisch A.*: Die Verantwortlichkeit der Kantone für Schaden aus der Führung des Grundbuches, Diss. Zürich 1939.
26. *Flattet Guy*: Essai sur la nature juridique des titres nominatifs, Diss. Lausanne 1945.
27. *Flury H.*: Die Grundpfandtitel des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss. Basel 1942 (MaSchr.).

28. *Gautschi Georg*: Beitrag zur Theorie des Eigentümergrundpfandes nach schweiz. ZGB, Diss. Zürich 1928.
29. *Gonvers R.*: Le droit de profiter des cases libres, Diss. Lausanne 1934.
30. *Götzinger F.*: Die Wertpapiere, SA, Basel 1937.
31. *Grünhut C. S.*: Wechselrecht, 2 Bde., Leipzig 1897.
32. *Guhl Theo*: Einige Fragen aus dem neuen Grundbuch- und Grundpfandrech, MschrBVR, Bd. 10, S. 289 ff.
33. *Guhl Theo*: Ueber das System der festen Pfandstellen, SJZ, Bd. 11, Heft 3.
34. *Guhl Theo*: Die Verselbständigung der dinglichen Rechte im schweiz. ZGB, Festgabe Eugen Huber der Universität Bern, Bern 1919.
35. *Guhl Theo*: Das schweizerische Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 1944.
36. *Guisan F.*: Le nantissement et la saisie des cédulas hypothécaires et lettres de rente appartenant au propriétaire même de l'immeuble grevé, JT, Bd. 74 I S. 144 ff.
37. *Haab Robert*: Allgemeiner Ueberblick über die Revision des OR, in: 7 Vorträge über das neue OR, veranstaltet von der Basler Handelskammer, Basel 1937.
38. *Haab-Simonius*: Kommentar zum Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich (Schulthess), 1929 ff.
39. *Hafner H.*: Das schweiz. Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1905.
40. *Hahnloser M.*: Die Sicherung einer Forderung durch mehrere Pfänder, Diss. Zürich 1933.
41. *Harnisch A.*: Die Grundbuchberichtigungsklage nach dem schweiz. ZGB, Diss. Bern 1941.
42. *Hasenfratz H.*: Betrachtungen über die Grundpfandverschreibung des schweiz. ZGB, Diss. Leipzig 1913.
43. *Homberger A.*: Kommentar zum Sachenrecht, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, 2. Aufl., Zürich (Schulthess) 1938.
44. *Homberger A.*: Die Grundpfandverschreibung bei Schuldverpflichtungen auf den Inhaber, ZBJV Bd. 71, S. 560 ff.
45. *Homberger A.*: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1933.
46. *Huber Eugen*: Zur Frage der Neugestaltung des schweiz. Hypothekenrechtes, SA, Bern 1898.
47. *Huber Eugen*: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements zum schweiz. ZGB, 2 Bde., 2. Aufl., Bern 1914.
48. *Huber Eugen*: 10 Vorträge aus ausgewählten Gebieten des neuen Rechts, Bern 1911.
49. *Huber Eugen*: Zum schweiz. Sachenrecht, drei Vorträge mit Anmerkungen; Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 58, Bern 1914.
50. *Huber Eugen*: Zur Frage der Sicherstellung von Inhaberpapieren durch Grundpfandversicherung, ZBGR Bd. 5, S. 49 ff.
51. *Huber Eugen*: Die Entwicklung der Gült zur modernen Hypothek, SA, Berlin-Leipzig 1919.
52. *Hueck Alfred*: Recht der Wertpapiere, Berlin 1936.
53. *Jacobi E.*: Die Wertpapiere in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV, 1. Abt., S. 125 ff., Leipzig 1917.
54. *Jacobi E.*: Grundriss des Rechts der Wertpapiere im allgemeinen, 3. Aufl., Leipzig 1928.
55. *Jäger C.*: Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, II Bde., 3. Aufl., Zürich 1911.
56. *Jäger-Däniker*: Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911—1945, II Bde., Zürich 1947.

57. *Jenny F.*: Der öffentliche Glaube des Grundbuchs, Abhandlungen zum schweiz. Recht, NF 17, Bern 1926.
58. *Jenny F.*: Die Grundpfandverschreibung des ZGB, ZBGR Bd. 10, S. 121/169 ff.
59. *Klausning F.*: Wechsel- und Scheckrecht einschliesslich der Grundbegriffe des allgemeinen Wertpapierrechts, in: Die Handelshochschule, 3 Bde., Frankfurt 1930.
60. *Leemann Hans*: Kommentar zum Sachenrecht, II. Abteilung, Bern (Stämpfli) 1925.
61. *Leemann Hans*: Uebertragung und Verpfändung unverbriefter Schuldbriefrechte, SJZ Bd. 17, S. 161 ff.
62. *Leemann Hans*: Fragen aus der Praxis zur Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken, ZBGR Bd. 18, S. 65 ff.
63. *Leumann O.*: Rechtsschein und Offenkundigkeitsgedanke im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1933.
64. *Martin A.*: Le code des obligations, II Bde., 1919/20.
65. *Meier O.*: Abgrenzung der Wertpapiere von den schlichten Beweisurkunden, Diss. Bern 1924.
66. *Meyer von Schauensee*: Die Eigentümerhypothek des ZGB und die luzernische Rechtsübung, SJZ NF Bd. 37, S. 389 ff.
67. *Morgenthaler W.*: Die Bedeutung der Skriptur im Wertpapierrecht, Diss. Bern 1921.
68. *Morgenthaler W.*: Schuldbrief und Gült, ZBJV Bd. 57, S. 103 ff.
69. *Niederer W.*: Kann der Drittpfandbesteller bei der Vereinigung von Gläubiger und Schuldner die Löschung des Schuldbriefes verlangen? SJZ Bd. 32, S. 43.
70. *Oertmann Paul*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., 1928 f.
71. *Oser H.*: Eine Kodifikation des Wertpapierrechts, Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, Bd. I, S. 99 ff.
72. *Oser-Schönenberger*: Kommentar zum Obligationenrecht, 3 Bde., 2. Aufl., Zürich (Schulthess) 1929 ff.
73. *Ostertag F.*: Kommentar zum Sachenrecht, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, 2. Aufl., Bern (Stämpfli) 1917.
74. *Payot G.*: Le nantissement des cédules hypothécaires du propriétaire, Diss. Neuenburg 1934.
75. *Rahn H.*: Ueber Inhaberpapiere nach dem schweiz. OR und über solche mit Realsicherheit im allgemeinen, Diss. Zürich 1896.
76. *Raiser L.*: Das Recht der Wertpapiere im italienischen Vorentwurf eines Handelsgesetzbuches, Zeitschr. für ausländisches und internationales Privatrecht, 1927, S. 532 ff.
77. *Raiser L.*: Das Rektapapier, Zeitschr. für das gesamte Handels- und Konkursrecht, Bd. 101, S. 14 ff.
78. *Rossel et Mentha*: Manuel du droit civil suisse, 3 Bde., 2. Aufl., Lausanne-Genève, o. J.
79. *Rupp Robert*: La protection des propriétaires de titres au porteur involontairement dépossédés, Diss. Lausanne 1933.
80. *Schafroth F.*: Die Einreden des Wertpapierschuldners, Diss. Basel 1942 (MaSchr.).
81. *Schatzmann A. H.*: Die Eintragungsfähigkeit der dinglichen Rechte und die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters, Diss. Bern 1929.
82. *Schenker E.*: Die Wirkungen der Schuldübernahme beim Erwerb von Pfandgrundstücken, ZSR NF Bd. 36, S. 1 ff.

83. *Schiller M.*: Die Unrichtigkeit des Grundbuches nach dem ZGB, Diss. Zürich 1928.
84. *Schmon L.*: Fertigung und Grundbuch im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1943.
85. *Schneider E.*: Der Grundpfandbestellungsvertrag, Diss. Basel 1943 (MaSchr.).
86. *Schnyder von Wartensee H.*: Die Errichtung von Schuldbrief und Gült für den Verkehr und die Einreden des Schuldners nach Art. 872 ZGB, Diss. Bern 1922.
87. *Schönberg S.*: Zehn Jahre schweiz. ZGB; die Grundbuchpraxis, Aarau 1924.
88. *Schuster Paul*: Die Gesamthypothek nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Heidelberg 1930.
89. *Schweizer S.*: Die Verpfändung von Eigentümergrundpfandforderungen nach schweiz. Recht, Diss. Basel 1926.
90. *Stähelin W.*: Die Novation im schweiz. Recht, Basel 1948.
91. *Staub-Stranz*: Kommentar zum Wechselgesetz, Berlin-Leipzig 1934.
92. *Staudinger*: Kommentar zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I und III, 10. Aufl., 1935 ff., Bd. II, 9. Aufl., 1928 ff., München-Berlin-Leipzig.
93. *Stier-Somlo-Elster*: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. VI, Berlin-Leipzig 1929.
94. *Trümpi H.*: Der Gläubigerwechsel bei den Grundpfandtiteln des schweiz. ZGB, Diss. Bern 1915.
95. *Trümpi H.*: Die Verpfändung der Wertpapiere, ZBJV Bd. 51, S. 489 ff.
96. *von Tuhr A.*: Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3 Bde., Leipzig 1910/14/18.
97. *von Tuhr-Siegmart*: Allgemeiner Teil des schweiz. OR, 2 Bde., 2. Aufl., Zürich 1942/4.
98. *Tuor P.*: Das schweiz. ZGB, 4. Aufl., Zürich 1940.
99. *Ulmer E.*: Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart-Berlin 1938.
100. *Unger J.*: Die rechtliche Natur des Inhaberpapiers, Leipzig 1857.
101. *Vieli P.*: Das Rechtsverhältnis bei der Grundpfandverschreibung im schweiz. ZGB, Abhandlungen zum schweiz. Recht, 74. Heft, Bern 1916.
102. *Volkart C.*: Der Verkehr mit Schuldbriefen, ZBGR, Bd. 2, S. 1 ff.
103. *Weber E.*: Das System der festen Pfandstellen, Diss. Bern 1929.
104. *Weiss G.*: Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweiz. ZGB und OR von 1912—21, 5 Bde., Zürich 1925—34.
105. *Wieland C.*: Kommentar zum Sachenrecht, Zürich (Schulthess), 1909.
106. *Wieland C.*: Wertpapiere und Legitimationspapiere, Festgabe Eugen Huber der Universität Basel, Basel 1919.
107. *Yung Walter*: La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse, Diss. Genf 1930.
108. *Zeerleder*: Unterzeichnung von Schuldbrief und Gült, MschrBVR, Bd. 10, S. 97 ff.

